المذكرة الايضاحية

للاقتراح بمشروع القانون المدنى

طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية

مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المدنية

خطة عمل

بسم الله تبارك وتعالى ، وبوحى من ايمان عميق بان مبادىء الشريعة الاسلامية هى التى أرادها الله جلت قدرته لكى تكون أساسا صالحا لتنظيم مجتمع يستند الى دعامة قوية من الخلق والفضيلة والأخوة والتضامن الذى يكفل القوة والمنعة والتقدم والازدهار ، نضع خطة عمل لتقنين أحكام هذه الشريعة فى المعاملات المالية على النحو التالى :

١ ـ تستقى أحكام هذا التقنين من مبادىء الشريعة الاسلامية كما وردت فى الفقه الاسلامى بجميع مذاهبه ، مع مراعاة التنسيق بين هذه الأحكام حفاظا على وحدة التقنين وتجانس أحكامه وانسجام بعضها مع البعض الآخر .

٢ ـ يتحاشى النص على أى حكم يتضمنه القانون الوضعى ويكون مخالفا لحكم قطعى من أحكام الشريعة الاسلامية .

٣ ـ يراعى ما خضع له علم القانون من تطور وما أصابه من تقدم ، وذلك فى ضوء تطور المجتمع الاسلامى وتقدم الفكر الانسانى .

٤ ـ يستفاد من التقنينات التى وضعت فى البلاد العربية والاسلامية واخذت من الشريعة الاسلامية .

٥ ـ يستفاد من الجهود الفقهية التى بذلت فى اعداد مشرعات لتقنينات أعدت على هدى أحكام الشريعة الاسلامية .

التقنينات والأعمال الفقهية التى اخذت من الشريعة الاسلامية

١ ـ المجلة ، وهى التى يطلق عليها مجلة الأحكام العدلية ، وهى أول تقنين لأحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية ، وضعت فى عهد الدولة العثمانية وصدرت على دفعات من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٩٧٦ . واستمدت أحكامها من المذهب الحنفى . وكانت مطبقة فى البلاد العربية التى خضعت للحكم العثمانى ما عدا مصر .

٢ ـ مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، وهو عمل فقهى قام به محمد قدرى باشا ، يتضمن مشروع تقنين لأحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية وفقا للمذهب الحنفى . وكانت أول طبعة له فى سنة ١٣٣٨ هجرية .

٣ ـ التقنين المدنى العراقى الذى صدر فى سنة ١٩٥١ وجمع فيه الشارع العراقى بين أحكام من الشريعة الاسلامية وأحكام من التقنين المصرى مستقاة من القوانين الغربية .

٤ ـ التقنين المدنى الأردنى الذى صدر فى سنة ١٩٧٦ وجمع فيه الشارع الأردنى بين أحكام من الشريعة الاسلامية وأحكام من التقنين المصرى مستقاة من القوانين الغربية .

٥ ـ مشروعات تقنين الشريعة الاسلامية التى أعدت باشراف مجمع البحوث الاسلامية وفقا للمذاهب الاسلامية ، الحنفى والشافعى والحنبلى والمالكى ، كل على حدة .

٦ ـ نظرية الالتزامات فى التقنين التجارى الكويتى الصادر فى سنة ١٩٦١ والتى جمع فيها الشارع الكويتى بين أحكام من الشريعة الاسلامية وأحكام من التقنين المصرى مستقاة من القوانين الغربية على غرار التقنين المدنى العراقى .

٧ ـ التقنينات المدنية العربية الأخرى . وهى التقنين المصرى الصادر فى سنة ١٩٤٨ والتقنين السورى الصادر فى سنة ١٩٤٩ والتقنين الليبى الصادر فى سنة ١٩٥٣ ، وقد أخذت هذه التقنينات فى القليل من قواعدها بأحكام الشريعة الاسلامية وفى أغلب قواعدها بأحكام القوانين الغربية .

٨ ـ التقنين الكويتى الصادر فى سنة ١٩٨٠ والذى جمع فيه الشارع الكويتى بين أحكام من الشريعة الاسلامية وأحكام من التقنين المصرى مستقاه من القوانين الغربية .

٩ ـ أعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية التى استغرقت اعمالها ما يقرب من خمس سنوات من سنة ١٩٦٢ الى سنة ١٩٦٦ .

باب تمهيدى

احكام عامة

يحسن أن ينقسم الباب التمهيدى على خلاف التقنين المدنى الحالى ، الى أربعة فصول :

الفصل الأول عنوانه « القانون وتطبيقه » . وفى هذا الفصل يرد أولا النص الخاص بمصادر القانون ، ثم النص الخاص بالالغاء ، ثم النص الخاص باعتبار الأحكام الشرعية القطعية من النظام العام ، ثم النص الخاص بالمواعيد ، وبعد ذلك ترد النصوص الخاصة بتطبيق القانون من حيث الزمان على أن يكون لها عنوان جانبى على نسق التقنين الحالى ، وبعد ذلك ترد النصوص الخاصة بتطبيق القانون من حيث المكان على أن يكون لها عنوان جانبى على نسق التقنين الحالى .

بعد ذلك يبدأ الفصل الثانى وعنوانه « استعمال الحق » ، وترد فيه النصوص الخاصة بنظرية التعسف .

بعد ذلك يرد الفصل الثالث وعنوانه « الأشخاص » . ويلى هذا العنوان عنوان فرعى رقم ١ وهو « الشخص الطبيعى » . وتحت هذا العنوان الفرعى يرد أولا النص الخاص ببدء الشخصية ونهايتها والحمل المستكن والمفقود والغائب ، ثم النص الخاص باثبات وقائع الحالة المدنية ، ثم النص الخاص بالاسم ، ثم النص الخاص بالاعتداء على الاسم ، ثم النص الخاص بالأسرة والأقرباء ، ثم النصوص الخاصة بالقرابة ، ثم النص الخاص بالجنسية ، ثم النص الخاص بحقوق الشخصية ، ثم النصوص الخاصة بالأهلية ، ثم النصوص الخاصة

بالموطن . بعد ذلك يأتي عنوان فرعي آخر رقم ٢ هو « الشخص الاعتباري » ، وتحت هذا العنوان ترد النصوص الخاصة بالشخص الاعتباري .

وبعد ذلك يأتي الفصل الرابع وعنوانه « تقسيم الأشياء والأموال » .

الفصل الأول

القانون وتطبيقه

١ ـ القانون

(مادة ١)

١ ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بطريق من طرق الدلالة الشرعية . ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الاسلامية .

٢ ـ فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، يحكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية .

تقابل المادة الأولى من التقنين الحالي ، وهي تجري على النحو الآتي :

« ١ ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

٢ ـ فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

وقد أدخلت عليها التعديلات الآتية :

أولا ـ استبدلت في الفقرة الأولى عبارة « بطريق من طرق الدلالة الشرعية » بعبارة « في لفظها أو فحواها » لكي تشمل جميع طرق الدلالة الشرعية وفقا لما هو مقرر في علم الأصول .

ثانيا ـ أضيف الى الفقرة الأولى عبارة :« ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الاسلامية » . وذلك على اعتبار أن الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، ومن ثم فان مقاصدها يجب أن تكون هي رائد القاضي في التفسير .

ثالثا ـ في الفقرة الثانية استبدل لفظ « يحكم » بلفظ « حكم » توخيا للدقة في التعبير .

رابعا ـ استبدلت في الفقرة الثانية عبارة « مبادىء الشريعة الاسلامية » بعبارة « فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » حيث أن مبادىء الشريعة الاسلامية تستوعب قواعد العدالة .

ومن الواضح في تطبيق الفقرة الأولى من هذه المادة أن الحكم المستفاد من النص ، سواء كان ثابتا من عبارته ، أو كان ثابتا من اشارته أو دلالته أو اقتضائه ، انما يرجع في فهمه الى قواعد أصول الفقه الاسلامي .

ويراعى في تطبيق الفقرة الثانية من هذه المادة أن أحكام الشريعة الاسلامية التي لا تجوز مخالفتها تعتبر من النظام العام . ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يأخذ بعرف يناقض هذه الأحكام . كما أن اجتهاده في ضوء مبادىء الشريعة الاسلامية ، عند عدم وجود حل للنزاع في المصادر المذكورة ، يجب الا يكون فيه خروج على هذه الأحكام .

وجدير بالذكر أن المادة الأولى من التقنين المدني السوري ، وكذلك المادة الثانية من التقنين المدني الأردني ، في تعدادهما لمصادر القانون ، ذكرتا العرف في الترتيب بعد مبادىء الشريعة الاسلامية . غير انه يلاحظ أن تقديم العرف على مبادىء الشريعة الاسلامية يتفق تماما مع هذه المبادىء لما للعرف فيها من اعتبار ، فالعرف في الشريعة الاسلامية مصدر للاحكام الشرعية ، ومن القواعد الفقهية المأثورة أن العادة محكمة ، وأن التقنين بالعرف كالتقنين بالنص ، وأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

(مادة ٢)

لا يلغى نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن نظم قواعده ذلك التشريع .

تطابق المادة (٢) من التقنين الحالي فيما عدا التعديلين الآتيين :

أولا ـ استبدال عبارة « لا يلغى » بعبارة « لايجوز الغاء » ، لأن القانون يخاطب القاضي لا المشرع ، ولا محل لتوجيه النهي الى القاضي فهو لا يقوم بالغاء التشريع .

ثانيا ـ استبدال عبارة « نظم قواعده » بعبارة « قرر قواعده » لأن الواضح أن التشريع الملغى كان ينظم الموضوع تنظيما كاملا ولم يقتصر على تقرير قواعده .

ويتفق النص المقترح مع قواعد النسخ المقررة في علم أصول الفقه .

(مادة ٣)

تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الاسلامية القطعية . ومن ثم يقع باطلا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام .

يلاحظ أن المعنى المقصود بأحكام الشريعة الاسلامية في النص المقترح هو المعنى الذي يأخذ به الأصوليون . فالحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين لا يقتصر على النصوص الواردة بالكتاب والسنة ، وانما يشمل كذلك كل دليل شرعي آخر من اجماع أو قياس أو غيرهما . فهذه الأدلة الأخرى في حقيقتها خطاب من الشارع غير مباشر .

ويعتبر الحكم الوارد في النص نتيجة لازمة لما نص عليه الدستور من اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع . حيث يعتبر متعلقا بالنظام العام كل حكم شرعي يستند الى دليل من أدلة الشريعة القطعية .

(مادة ٨)

١ ـ تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بعدم سماع الدعوى من وقت العمل بها على كل مدة لم تكتمل .

٢ ـ على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء مدة عدم سماع الدعوى ووقفها وانقطاعها ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة .

تقابل المادة ٧ من التقنين الحالى والمادة ٧ من التقنين الأردنى والمادة ١/١٢ من التقنين العراقى مع استبدال عبارة «عدم سماع الدعوى» بلفظ «التقادم» ، وذلك مراعاة للقاعدة الشرعية التى تقضى بعدم سقوط الحقوق بمضى الزمن وانما لا تسمع الدعوى بها .

(مادة ٩)

١ ـ اذا قرر النص الجديد مدة لعدم سماع الدعوى أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

٢ ـ أما اذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان مدة عدم سماع الدعوى تتم بانقضاء هذا الباقى .

تقابل المادة ٨ من التقنين الحالى والمادة ٢/١٢ من التقنين العراقى والمادة ٨ من التقنين الأردنى ، مع استبدال عبارة « مدة عدم سماع الدعوى » بلفظ « التقادم » للسبب الذى تقدم ذكره .

(مادة ١٠)

١ ـ تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده .

٢ ـ وتسرى فى شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الواجب توافره لقيام القرينة .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٩ من التقنين الحالى .

أما الفقرة الثانية فهى فقرة مستحدثة . وقد وردت فى المادة ١٩ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليها . غير أنه من المفيد اضافة هذه الفقرة لأن وظيفة القرينة القانونية هى تخفيف عبء الاثبات على من يتمسك بها وذلك بتغيير محل الاثبات ، حيث ينتقل الاثبات من الواقعة التى يراد اقامة الدليل عليها الى واقعة أخرى أسهل فى الاثبات فيكون ثبوت هذه الأخيرة دليلا على ثبوت الأولى . ومن ثم فان القرينة القانونية لا تختلف فى الجوهر عن الأدلة المهيأة التى تناولتها الفقرة الأولى .

وتتفق هذه المادة مع القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الشخص انما يكلف طبقا للخطاب القائم وقت العمل أو التصرف الصادر منه .

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

تأتى تحت هذا العنوان المواد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان .

وجدير بالذكر أن هذه المواد تقنن عرفا دوليا جرى عليه العمل فى مصر ، وهو عرف شرعى بمعنى أنه لا يخالف حكما قطعيا فى الشريعة وتقتضيه المصلحة العامة . ويقطع فى ذلك ما ينص عليه المادة ٣٥ من المشروع من أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب . ومعلوم أنه طبقا للمادة ٣ من المشروع تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الاسلامية القطعية .

وفى ضوء هذين الأصلين الشرعيين ، وهو العرف والمصلحة ، يتضح السند الشرعى لتطبيق أحكام هذه المواد ، حيث أن لولى الأمر أن يختار من بين الأحكام الاجتهادية ما يراه محققا للمصلحة .

(مادة ١١)

يرجع الى القانون المصرى فى التكييف اللازم لتطبيق قواعد تنازع القوانين ، بما فى ذلك وصف العقار والمنقول .

يقابل هذا النص المادة ١٠ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو الآتى : « القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها » .

وكانت هذه المادة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تنص على ما يأتى :

«١ ـ القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين .

٢ ـ والقانون الذى يعين ما اذا كان الشئ عقارا أو منقولا هو قانون الجهة التى يوجد فيها هذا الشئ » .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيفت الى الفقرة الأولى عبارة «لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها » لتعيين الحدود التى يقف عندها اختصاص قانون القاضى فى التكييف ، وحذفت الفقرة الثانية لأنها تتناول مسألة تفصيلية يحسن أن تترك للاجتهاد .

وهذا النص يبقى على قاعدة خضوع التكييف اللازم لأعمال قواعد الاسناد لقانون القاضى ، وهى القاعدة المسلمة تشريعا وقضاء فى مختلف البلاد ولدى جمهور الفقه . غير أنه ، على خلاف نص التقنين الحالى ، يطلق تلك القاعدة فى خضوع التكييف للقانون المصرى بحيث يتناول حكمها وصف العقار والمنقول بدل اخضاع هذا الوصف لقانون موقع المال ، وذلك لحسم الخلاف القائم فى الفقه فى هذا الشأن ومراعاة لما لهذا الوصف من أثر فى تعيين قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق .

كذلك أسقط من هذا النص عبارة «تكييف العلاقات» الواردة فى نص التقنين الحالى ، لأن التكييف كما ينصب على « علاقة » قد ينصب على واقعة أو قاعدة قانونية أو مال .

والمادة المقترحة بالتعديل الذى تضمنته يتفق مع الأصل المقرر فى الشريعة الاسلامية من أنها المرجع فى تحديد الوصف الشرعى لما يعرض له القاضى .

(مادة ١٢)

يسرى على الحالة المدنية للشخص وأهليته قانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته . ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تتم فى مصر وتترتب آثارها فيها ، اذا كان من باشر التصرف أجنبيا ناقص الأهلية وفقا لقانونه ولكنه يعتبر كامل الأهلية طبقا للقانون المصرى ، فان هذا القانون هو الذى يسرى .

هذه المادة تقابل المادة ١١ فقرة أولى من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو التالى : « الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم . ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فان هذا السبب لا يؤثر فى أهليته » .

والنص المقترح يبقى على القاعدة العامة فى خضوع الحالة المدنية للشخص وأهليته لقانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته . ولكنه يطلق الاستثناء من هذه القاعدة فى شأن التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، دون تقييد هذا الاستثناء بشرط كون نقص أهلية العاقد الأجنبى يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، وهو الشرط الوارد فى التقنين الحالى اتفاقا مع الفقه الفرنسى فى فكرة المصلحة الوطنية التى اعتبرها بعض المشرعين ، كالمشرع الايطالى والمشرع البولونى والمشرع الألمانى ، غير كافية لحماية سلامة المعاملات فى الدولة . وعلة هذا التعديل تأمين سلامة المعاملات التى تتم وتنفذ فى مصر .

(مادة ١٣)

يسرى على النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فاذا باشرت هذه الأشخاص نشاطها الرئيسى فى مصر ، فان القانون المصرى هو الذى يسرى .

هذه المادة تقابل المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو التالى : « أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فاذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فان القانون المصرى هو الذى يسرى » .

والنص المقترح يبقى على القاعدة الواردة فى المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين الحالى مع حذف كلمة « الأجنبية » لعدم الحاجة اليها وحتى لا تبدو قاعدة الاسناد خاصة بجانب معين ، ومراعاة للتمييز بين مسألة جنسية الشخص الاعتبارى ومسألة القانون الواجب التطبيق على نظامه القانونى . كذلك حذفت عبارة « من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها » لعدم الحاجة اليها .

(مادة ١٤)

تسرى على الخطبة قواعد تنازع القوانين الخاصة بالزواج المنصوص عليها فى المواد التالية .

هذا نص مستحدث يبين قواعد الاسناد الخاصة بالخطبة محيلا فى شأنها على قواعد الاسناد الخاصة بالزواج من حيث شروطه الموضوعية وشكله وآثاره ، والحالة التى يجب فيها تطبيق القانون المصرى . فهو بذلك يسد نقصا فى التقنين الحالى . وتبدو أهميته فى أن للخطبة فى آثارها .

أما الأضرار التى تنجم عن أعمال ملابسة للخطبة فانها تخضع للقانون الذى يحكم الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة ، وهو قانون مكان وقوع الفعل .

(مادة ١٥)

يسرى على الشروط الموضوعية للزواج قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج .

يقابل هذا النص المادة ١٢ من التقنين الحالى وهى تنص على ما يأتى :

« يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » . ويبقى النص المقترح على حكم هذه المادة مع بعض تعديلات لفظية واضافة عبارة « وقت انعقاد الزواج » زيادة فى الايضاح لبيان الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق بالنظر الى جنسية كل من الزوجين .

(مادة ١٦)

تخضع آثار الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة الى المال لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، على أنه اذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج طبق قانون جنسيتهما على الآثار الشخصية للزواج .

يقابل هذا النص المادة ١٣ فقرة أولى من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة الى المال » .

والنص المقترح يبقى على حكم هذه المادة فى خصوص عدم التفريق فى قاعدة الاسناد بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج من حيث خضوعها جميعا لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج • غير أنه يعدل هذا الحكم بالنسبة الى الآثار الشخصية للزواج فى حالة تغيير جنسية الزوج بعد الزواج بحيث تتحد جنسية الزوجين ، فيطبق قانون جنسيتهما المشتركة على الآثار الشخصية وحدها • وبمقتضى هذا التعديل أصبح للآثار الشخصية للزواج حكم متميز عن الآثار المالية متى توافر شرط اتحاد جنسية الزوجين بعد الزواج • والمقصود بهذا التعديل هو اعمال الأثر المباشر لقانون الجنسية الجديد بالنسبة الى آثار المراكز القانونية فى حالة تغيير الزوج جنسيته بعد الزواج بحيث أصبح هو وزوجه من جنسية واحدة • أما النظام المالى للزوجين فلا يتأثر بهذا التغيير اعمالا لقاعدة عدم تأثر المراكز العقدية بقانون الجنسية الجديد •

(مادة ١٧)

يسرى على الطلاق قانون الزوج وقت الطلاق •

ويسرى على التطليق والتفريق بين الأجسام قانون الزوج وقت رفع الدعوى •

يقابل هذا النص المادة ١٣ فقرة ثانية من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق • ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى » •

ويبقى النص المقترح على حكم هذه المادة مع تعديل فى الصياغة بايراد عبارة « قانون الزوج » بدل عبارة « قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج » توخيا للايجاز ، وايراد عبارة « التفريق بين الأجسام » بدل عبارة « الانفصال » توخيا لزيادة البيان.

(مادة ١٨)

فى الأحوال المنصوص عليها فى المواد ١٥ ، ١٦ ، ١٧ اذا كان أحد الزوجين مصريا فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق ،يسرى القانون المصرى وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج•

يقابل هذا النص المادة ١٤ من التقنين الحالى ، وهى تنص على أنه « فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج » •

ولا يأخذ النص المقترح بما يأخذ به التقنين الحالى من الاعتداد بوقت الزواج لبيان حالات انفراد القانون المصرى بحكم شروط انعقاد الزواج وشكله وآثاره وانحلاله ، وذلك تمكينا لاعمال قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان فى حالة تغيير الجنسية ، ولاستبعاد صورة لا تكون فيها أية مصلحة لتطبيق القانون الوطنى ، وذلك عندما يكون أحد الزوجين مصريا وقت الزواج ثم يصبح الطرفان أجنبيين بعد الزواج ، ولامكان تطبيق القانون الوطنى فى صورة لا يسمح النص الحالى بتطبيقه فيها ، وذلك عندما يكون الزوجان أجنبيين وقت الزواج ثم يصبح أحدهما مصريا بعد الزواج •

(مادة ١٩)

١ – يسرى قانون الأب وقت ميلاد الولد على البنوة والاقرار بالأبوة وانكارها والحقوق والواجبات المتبادلة بين الأصول والفروع ، بما فى ذلك الولاية على النفس • فاذا توفى الأب قبل ميلاد الولد يسرى قانون الأب وقت الوفاة • واذا كان الأب مجهولا سرى قانون الأم •

٢ – ويسرى على تصحيح النسب بالزواج قانون الأب وقت تصحيح النسب •

٣ – على أنه اذا كان أحد الأبوين مصريا فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق فى الفقرتين السابقتين، كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق •

كانت المادة ٣١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، وهى التى أصبحت المادة ١٥ من المشروع النهائى فى لجنة المراجعة ، تنص على ما يأتى : « يسرى قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتصحيح النسب بالزواج والاقرار بالبنوة وانكارها » • ثم رأت اللجنة حذفها لأنها أثر من آثار الزواج يسرى عليه قواعد الزواج وفقا للقواعد العامة •

كما كانت المادة ٣٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يسرى قانون الولد على المسائل الخاصة باثبات البنوة الطبيعية وبما يترتب عليها من آثار » • ثم حذفتها لجنة المراجعة لأنها قد تحمل الولد الطبيعى لأب قد لا يسمح قانونه بذلك •

وتبين المادة المقترحة ، وهى مادة مستحدثة ، القانون الواجب التطبيق فى مسائل لها أهميتها العملية فى مجال تنازع القوانين • حيث تبين الفقرة الأولى منها القانون الواجب التطبيق فى البنوة ، سواء أكانت بنوة شرعية أم بنوة طبيعية ، والاقرار بالأبوة وانكارها والحقوق والواجبات المتبادلة بين الوالدين والأولاد وهو قانون الأب • ويعين النص الوقت الذى يعتد به فى تعيين هذا القانون فيجعله قانون الأب وقت ميلاد الولد ، فاذا كان الأب قد توفى قبل ميلاد الولد طبق قانون الأب وقت الوفاة ، كذلك عنى النص بذكر الولاية على النفس اراحة للقضاء عند تطبيقه • ويفترض تطبيق قانون الأب كون الأب معروفا ، فاذا كان مجهولا وكان المراد هو ثبوت النسب من الأم أو غيره من المسائل المذكورة سرى قانون الأم ، ونص هذه الفقرة فى جملته ليس غريبا عن التشريع الوطنى ، فقد كان له نظير فى المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة وفى المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية • كما أنه يتفق فى شأن القانون الواجب التطبيق فى دعوى اثبات النسب مع القاعدة الواردة فى هذا الشأن فى المادة ٩٠٥ من تقنين المرافعات •

وتبين الفقرة الثانية من المادة المقترحة القانون الواجب التطبيق فى تصحيح النسب بالزواج اللاحق لميلاد الولد ، وقد كان حكمها موجودا فى اللائحة والمرسوم بقانون المشار اليه . كما ان المادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ذكرت تصحيح النسب بين مسائل الأحوال الشخصية .

وتقضى الفقرة الثالثة من المادة المقترحة بان يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى خصوص المسائل المذكورة فى الفقرتين السابقتين اذا كان أحد الأبوين مصريا فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق ، حتى يتسق حكم هذه الحالة مع الحكم السابق تقريره فى خصوص خضوع آثار الزواج للقانون المصرى اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، وذلك على أساس اعتبار البنوة أثرا من آثار الزواج .

(مادة ٢٠)

يسرى على الالتزام بالنفقة للاقارب والأصهار قانون المدين بها .

يقابل هذا النص المادة ١٥ من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » .

وجاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن ذكر عبارة « فيما بين الأقارب » أريد به اخراج ما يعتبر من النفقات أثرا للزواج وفقا لأحكام النصوص السابقة .

وقد أوردت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ « النفقة للاقارب والأصهار » بين مسائل الأحوال الشخصية . ولما كان نص المادة ١٥ من التقنين الحالى قد ذكرت النفقة للاقارب وأغفل النفقه للأصهار ، فان النص المقترح يعالج هذا النقص .

هذا الى أن المادة ٩١٩ من تقنين المرافعات تبين المحكمة المختصة نوعيا بنظر دعاوى نفقة الأقارب والأصهار .

(مادة ٢١)

١ - يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية على المال والوصاية والقوامة وغيرها من نظم حماية القصر والمحجورين ومن يلحق بهم قانون الشخص الذى تجب حمايته .

٢ - ومع ذلك يرجع فى شأن أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو القوامة أو الاشراف الى قانون الوصى أو القيم أو المشرف .

يقابل هذا النص المادة ١٦ من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى يجب حمايته » .

ويبين النص المقترح فى فقرته الأولى أن المقصود بالولاية هى الولاية على المال ، اذ هى التى يجمعها مع الوصاية والقوامة كونها جميعا توفر النيابة عن القاصر ومن فى حكمه بما يسد عجزه عن مباشرة التصرف القانونى . وبذلك حسم النص خلافا قام فى أحكام القضاء فى فهم المقصود بالولاية فى نص التقنين الحالى ، كما عنى المشروع بالنص فى المادة ١٩ السالفة الذكر على أن قانون الأب هو الذى يسرى على الولاية على النفس .

كما جاءت عبارة هذه الفقرة شاملة للقصر والمحجورين ومن يلحق بهم من الغائبين ومن تقررت لهم المساعدة القضائية .

وتضمنت الفقرة الثانية من النص المقترح الحكم الوارد فى المادة ١٠٠٢ فقرة ثانية من تقنين المرافعات مراعاة لمصلحة الشخص المقصود بالحماية ، ولأن المكان المناسب له بين قواعد تنازع القوانين فى التقنين المدنى لا فى تقنين المرافعات .

(مادة ٢٢)

١ - يسرى على الميراث قانون المتوفى وقت الوفاة .

٢ - واذا كان هذا القانون يحرم مصريا من نصيبه فى التركة بصفته أجنبيا ، كان له ان يستوفى نصيبه من اموال التركة الموجودة فى مصر .

يقابل هذا النص المادة ١٧ من التقنين الحالى ، وهى تقول :

« ١ - يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

٢ - ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الايصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » .

وتتضمن المادة المقترحة فى فقرتها الأولى قاعدة الاسناد الخاصة بالميراث والواردة فى المادة ١٧ من التقنين الحالى .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتضيف حكما مستحدثا يقوم على أساس من العدل ، وله نظير فى مشروع تنقيح التقنين المدنى الفرنسى .

(مادة ٢٣)

يسرى على التركة التى لا وارث لها القانون المصرى متى كانت اموال التركة فى مصر .

هذه المادة مستحدثة ، وهى تتضمن قاعدة اسناد خاصة بالتركة التى لا وارث لها وتقع اعيانها فى مصر ، حيث تقضى وفقا لقانون المواريث

وأحكام الفقه الاسلامي بأيلولة التركة الى دولة موقع أموال التركة بوصفها مالا لا مالك له .

(مادة ٢٤)

١ ـ تخضع الشروط الموضوعية لصحة الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لقانون من صدر منه التصرف وقت صدوره .

٢ ـ اما مايتعلق بالقدر الذى تنفذ فيه الوصية ومن يجوز الايصاء له ، فيخضع لقانون من صدر منه التصرف وقت موته .

يقابل هذا النص المادة ١٧ من التقنين الحالى التى تقدم ذكرها . وهو يبين القانون الواجب التطبيق على الوصية مفرقا بين الشروط الموضوعية لصحتها وتلك التى تتعلق بنفاذها . ففى خصوص الشروط الموضوعية لصحة الوصية يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت صدوره ، لان هذا هو الوقت الذى ينبغى ان تتوافر فيه شروط صحة التصرف من حيث وجود الارادة والمحل والسبب وتوافر الأهلية وسلامة الارادة من العيوب ، وبذلك يحسم النص المقترح الخلاف فى تفسير نص المادة ١٧ المشار اليها التى تنص على خضوع الوصية لقانون من صدر منه التصرف وقت موته . أما نفاذ الوصية من حيث القدر الذى يجوز التصرف فيه ومن يجوز الايصاء له فهى أمور وثيقة الصلة بالميراث ومن تم فهى تخضع لحكمة ، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت موته .

ويتفق الحكم الذى تضمنته الفقرة الأولى من النص المقترح من راى فقهاء المذهبين المالكى والحنبلى من حيث الاعتداد بأهلية الموصى وقت صدور الوصية ، وكان لهذا الحكم نظير فى الفقرة الثانية للمادة ٣٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى قبل تعديلها .

وفيما يتعلق بالقانون الذى يسرى على شكل الوصية ، وهو ما تحدثت عنه الفقرة الثانية من المادة ١٧ المشار اليها ، فقد رؤى الاكتفاء بالقاعدة الخاصة بشكل التصرفات عموما .

(مادة ٢٥)

يسرى على الحيازة والحقوق العينية فى العقار قانون موقعة .

ويسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الحق العينى او فقده .

يطابق هذا النص المادة ١٨ من التقنين الحالى ، فيما عدا بعض تعديلات لفظية . حيث تنص هذه المادة على ما يأتى : «يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار . ويسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها» .

(مادة ٢٦)

١ ـ يسرى على الشروط الموضوعية للتصرف القانونى وما يترتب عليه من اثار القانون الذى اتجهت اليه الارادة صراحة أو ضمنا . فان لم توجد سرى قانون الدولة التى تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصرى .

٢ ـ على أن التصرف المتعلق بعقار يخضع لقانون موقع العقار .

يقابل هذا النص المادة ١٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

« ١ ـ يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا . فان اختلفا موطنا يسرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه .

٢ ـ على أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى ابرمت فى شأن هذا العقار .

ويبقى النص المقترح على القاعدة العامة الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ١٩ من التقنين الحالى فى شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للتصرف القانونى وما يترتب عليه من آثار ، كما يبقى على الاستثناء الوارد فى الفقرة الثانية من هذه المادة والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التصرف القانونى المتعلق بالعقار . وذلك مع مراعاة ما يأتى :

١ ـ أن النص المقترح جاء عاما فى صيغته ليتفق مع حقيقة المرادبتلك القاعدة من حيث انصرافها الى التصرف القانونى سواء أكان عقدا أم ارادة منفرده ، ومن حيث انصرافها الى الشروط الموضوعية للتصرف وما يترتب علية من آثار .

٢ ـ أنه جعل مكان الصدارة للقانون الذى يختاره المتعاقدان صراحة . فان لم تصدر منهما ارادة صريحة عول القاضى على الارادة الضمنية . فان لم توجد طبق القاضى قانون محل ابرام التصرف . ولم يذكر النص قانون الموطن المشترك للمتعاقدين باعتبارة داخلا فى نطاق الارادة الضمنية ، ثم أن قانون الوطن المشترك غالبا ما يكوّن هو قانون محل ابرام التصرف .

٣ ـ انه عين المكان الذى يعتد به فى تعيين محل ابرام التصرف ، وهى مسالة يرى بعض الفقهاء دخولها فى نطاق التكييف وخضوعها بالتالى لقانون القاضر . وبذلك اراح النص القاضى من الخوض فى هذه المشكلة .

هذا ، وهناك من العقود ما يحسن تركه لاجتهاد الفقه والقضاء، وان كان قليل من الشرعين بين القانون الواجب التطبيق فى شان كل منهما، مثل عقد العمل والعقود التى تعقد فى الأسواق العامة وفى البورصات، وبيع عروض التجارة .

(مادة ٢٧)

١ – يخضع شكل التصرف القانوني لقانون البلد الذي تم فيه او للقانون الذي يسري على شروطه الموضوعية .

٢ – اما شهر التصرف فيخضع لقانون موقع الشيء الذي يتعلق به التصرف .

يقابل هذا النص المادة ٢٠ من التقنين الحالي ، وهي تنص على ما يأتي :

« العقود ما بين الاحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه . ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك » .

وتبين الفقرة الأولى من النص المقترح القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية عموما ، بحيث لا يقتصر حكمها على العقود ما بين الاحياء ، وبذلك امكن الاستغناء عن وضع قواعد إسناد خاصة بشكل الزواج وشكل الوصية اكتفاء بالقاعدة العامة الواردة في هذه الفقرة . وقد اكتفى النص بذكر قانون محل ابرام التصرف ، وجعل له مكان الصدارة ، والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف متفقا بذلك مع التيار الغالب في التشريع . ذلك ان قانون موطن المتعاقدين يغلب أن يكون هو قانون محل ابرام التصرف ، كما أنه قد يكون هو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف اعمالا لقاعدة خضوع التصرف لقانون الارادة ، وكذلك الشأن بالنسبة الى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين .

ويلاحظ أن المقصود بالشكل في هذه الفقرة هو الشكل الخارجي اللازم لاثبات التصرف . أما الشكل الجوهري للتصرف ، وهو الذي يعتبر ركن انعقاد ، فيأخذ حكم الشروط الموضوعية ويخضع بالتالي للقانون الذي تخضع له هذه الشروط .

وتتضمن الفقرة الثانية من النص المقترح قاعدة الاسناد الخاصة بشهر التصرف ، حيث يخضع هذا الشهر لقانون موقع الشيء الذي يتعلق به التصرف سواء ورد هذا التصرف على حق عيني أم على حق شخصي . وبذلك يسد هذا النص نقصا في التشريع الحالي .

(مادة ٢٨)

١ – يسري على الالتزامات غير الارادية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام .

٢ – على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه .

يطابق هذا النص المادة ٢١ من التقنين الحالي فيما عدا استبدال عبارة « غير الارادية » بعبارة « غير التعاقدية » الواردة وصفا للالتزامات في الفقرة الأولى .

(مادة ٢٩)

يسري على مسائل الاختصاص والاجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات .

يطابق هذا النص المادة ٢٢ من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية ، حيث تنص هذه المادة على ما يأتي : « يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى او تباشر فيه الاجراءات » .

(مادة ٣٠)

لا تسري احكام المواد السابقة الا حيث لايوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر .

يطابق هذا النص المادة ٢٣ من التقنين الحالي .

(مادة ٣١)

تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة مبادىء القانون الدولي الخاص .

يطابق هذا النص المادة ٢٤ من التقنين الحالي مع حذف عبارة « من أحوال تنازع القوانين » ، لعدم الحاجة اليها .

(مادة ٣٢)

١ – يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد .

٢ – على أنه اذا كان للشخص في الوقت ذاته الجنسية المصرية وجنسية دولة أو عدة دول اجنبية وفقا لقوانينها ، فان القانون المصري هو الذي يجب تطبيقه .

يطابق هذا النص المادة ٢٥ من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية في الفقرة الثانية .

مادة ٣٣

اذا كان القانون الواجب التطبيق قانونا اجنبيا ، فلا يطبق ما يتضمنه من قواعد التنازع الدولي بين القوانين .

يطابق هذا النص المادة ٢٧ من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية ، حيث تنص على ما يأتي : « اذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق فيه الا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص » .

(مادة ٣٤)

اذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، فان هذا القانون هو الذى يقرر اية شريعة منها يجب تطبيقها .

يطابق هذا النص المادة ٢٦ من التقنين الحالى مع تعديل فى الصياغة. اذ تنص هذه المادة على ما يأتى : « متى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينه تتعدد فيها الشرائع ، فان القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها » . وقد حذفت عبارة « الاحكام الواردة فى المواد المتقدمة » ، لأن قاعدة الاسناد قد لا تكون واردة فى المواد السابقة ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادىء القانون الدولى الخاص .

وغنى عن البيان أن الحكم الوارد فى هذه المادة يسرى سواء كان تعدد الشرائع المشار اليه فى النص تعددا اقليميا أو شخصيا .

(مادة ٣٥)

لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب .

يطابق هذا النص فى حكمه المادة ٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة ، اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر » . وقد حذفت عبارة « عينته النصوص السابقة » ، لأن قاعدة الاسناد قد لا تكون واردة فى المواد السابقة ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادىء القانون الدولى الخاص .

الفصل الثانى

استعمال الحق

(مادة ٣٦)

الجواز الشرعى ينافى الضمان . فمن يستعمل حقه استعمالا مشروعا لايكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

يطابق هذا النص فى حكمه المادة ٤ من التقنين الحالى التى تقول :

« من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » .

والعبارة التى جاءت فى صدر النص المقترح ، وهى ال «الجوازالشرعى ينافى الضمان» يراد بها المعنى ذاته الذى تفيده العبارة الواردة فى المادة ٤ المذكورة . فثمة تكرار لمعنى واحد فى عبارتين مختلفتين يتضمنها النص المقترح . ومع ذلك فقد رؤى أن يبدأ هذا النص بعبارة يستعملهاالفقه الاسلامى لما تتميز به من بلاغة فى الايجاز ، ثم تأتى بعدها عبارةفيها توضيح وبيان للمعنى المقصود . وكثيرا مانجد فى نصوص المجلة أمثلة لهذه الطريقة فى الصياغة (راجع المادة ٩١ من المجلة) .

(مادة ٣٧)

١ - يكون استعمال الحق غير مشروع اذا انحرف به صاحبه عنغرضه الاجتماعى الذى قصد اليه الشارع وبوجه خاص فى الأحوال الآتيه :

(أ) اذا قصد به أصالة الاضرار بالغير .

(ب) اذا تعارض مع مصلحة عامة جوهرية .

(ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

(د) اذاكانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قلية الأهمية ، بحيث لاتتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها .

(هـ)اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها مؤدية الى ضرر فاحش يصيب الغير وكان فى استطاعته تحقيق هذه المصالح بطريق آخر لايؤدى الى هذا الضرر .

(و) اذا كان على علم بترتيب الضرر الفاحش وكان فى استعماله لحقه مترفها لايلحقه ضرر من تركه .

٢ - ويكون للقاضى أن يحكم بوقف هذا الاستعمال واعادة الحال الى ما كان عليه ، مع التعويض عما يكون قد نشأ عنه من ضرر .

يقابل هذا النص المادة ٥ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو التالى :

« يكون استمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قلية الأهمية ، بحيث لاتتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة» .

والأمر يتعلق فى هذا المقام بنظرية التعسف فى استعمال الحق .وهى نظرية لها كيانها المستقل ، حيث تتناول صورة متميزة للخطأ ، هى انحراف صاحب الحق فى استعماله عن الغرض الاجتماعى للحق ، أى الغرض الذى تقرر الحق من أجله . وهذا معيار شخصى مادى ، يزن استعمال الحق فى ضوء الدافع الشخصى لصاحبه والغرض الاجتماعى له فى وقت واحد . فان كان هناك توافق بين هذا الغرض وذلكالدافع كان الاستعمال مشروعا ، والا كان غير مشروع . فاستعمال الحق بقصد الاضرار بالغير تعسف ، حتى لو تحققت من ورائه مصلحة .واستعماله لغاية لاتتفق والغرضالاجتماعى له تعسف كذلك، حتى لو لم يكن بقصد

الاضرار بالغير . وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التى لاتعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وانما تريدها حقوقا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب الا يحيد الحق عنها .

ومن ثم فهذا معيار عام للتعسف ينبسط على جميع الحقوق ايا كان نوعها ويمتد الى جميع فروع القانون ، الأمر الذى استوجب أن يكون لنظرية التعسف مكان الصدارة فى الباب التمهيدى للتقنين المدنى .حتى ليمكن أن يقال أن الأساس الفنى للتعسف هو نظرية الحق .

ولقد ظفرت نظرية التعسف فى استعمال الحق بعناية فائقة فى الفقه الاسلامى ، حيث صاغها هذا الفقه صياغة لم يسبقه اليها فقه آخر . فهى تقوم على الأسس الاسلامية فى تقرير الحقوق. ذلك أن شرع الحقوق فى الشريعة الاسلامية انما كان لمصلحة المجتمع ولمصلحة الانسان . فهو يقوم على مبادىء الأخلاق الاسلامية الفاضلة التى جاء بها الدين من العدل والمساواة والاحسان واتباع المعروف وتجنب الطغيان والجور والفساد، وعلى عدد من القواعد الشرعية التى أقرتها الشريعة لتحقيق هذا الغرض . فهى تعد تطبيقا لمقاصد الشارع التى أخذت من عدة نصوص وجملة ادلة تفيد القطع ومن هذه المقاصدالكلية القطعيةان قصدالمكلف فى العمل يجب أن يوافق الشارع باطل وقد فصل الامام الشاطبى هذه النظرية فى الجزء الثانى من الموافقات ، وهو كتاب المقاصد ، حيث عرض لبيان قصد الشارع فى وضع الشريعة ومقاصد المكلف فى التكليف واورد فى تطبيقات عديدة تجمع بين المعيارين الشخصى والموضوعى . وقد استوعبت المادة المقترحة أهم هذه التطبيقات (راجع الموافقات ج٢ القسم الثانى المسألة الخامسة : تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد) .

وحينما اراد المشرع أن يورد فى التقنين المدنى الحالى لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه فى سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرا مما ورد فى الفقه الاسلامى .

وسواء بالنسبة الى معايير التعسف التى وردت فى التقنين الحالى ، وتلك التى وردت فى النص المقترح ، فانها جميعها مستمده من الفقه الاسلامى (محمود فتحى ، نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الشريعة الاسلامية . على الخفيف ، الملكية فى الشريعة الاسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية . المجلة م ١٩و٢٦و٢٧و٢٨و٢٩) .

وقد رؤى أن يبدأ النص المقترح بمعيار عام يتضمن جوهرفكرةالتعسف حتى يكون المجال رحبا أمام القاضى ، فلا يقتصر على ضوابط محددة كما هو حكم النص الحالى ، بل تمتد سلطته الى كل حالة يتوفر فيها التعسف بانحراف الحق بواسطة من يستعمله عن غرضه الاجتماعى بالمعنى الذى اسلفناه . ثم يأتى فى النص بعد ذلك عدد من المعايير الفرعية المحددة التى تعتبر اظهر تطبيقات عملية للمعيار العام .

واول هذه المعايير (أ) هو أن يتوفر التعسف من جانب صاحب الحق فى استعماله « اذا قصد به اصالة الاضرار بالغير » . وهذه صياغة تفضل صياغة التقنين الحالى ، لأن المقصود أن يكون قصد احداث الضرر هو العامل الأساسى الذى دفع الشخص الى استعمال الحق ، حتى لو تحققت منفعة عرضية لم تكن مقصودة ، أو كان هذا القصد مصحوبا بنية جلب منفعة اذا كانت هذه النية عاملا ثانويا .

وثانى هذه المعايير (ب) « اذا تعارض (استعمال الحق) مع مصلحة عامة جوهرية » . وقد ورد هذا المعيار فى المادة ٦ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكنه حذف دون ذكر مبرر لحذفه ، مع أنه وردفى الفقه الاسلامى وقننته المجلة التى تنص فى المادة ٢٦ منها على انه « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » .

واكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد فى الفقه الاسلامى يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة كمنع اختزان السلع تجنبا لاستغلال حاجة الأفراد اليها خلال الحروب والجوائح . على ان هذه مجرد امثلة تحتمل التوسع والقياس (المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالى) .

والمعياران الثالث والرابع (جـ ـ د) ورد ذكرهما فى التقنين الحالى . والمعياران الخامس والسادس (هـ ـ و) ماخوذان كذلك من الفقه الاسلامى ، وهما يستندان الى قاعدة أساسية فى الشريعة الاسلامية ، وهى التى تقول : « لاضررولا ضرار » .

وينتهى النص المقترح ببيان الجزاء الذى يترتب على الاستعمال التعسفى للحق .

الفصل الثالث

الأشخاص

١ ـ الشخص الطبيعى

(مادة ٣٨)

١ ـ تبدأ شخصية الانسان من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته .

٢ ـ ويعين القانون حقوق الحمل المستكن .

هذه المادة تقابل المادة ٢٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته .

٢ ـ ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة بما مفاده انشخصيةالانسان تبدأ من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيا . وأساس هذا التعديل ان الجنين تكون له اهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة نفعا محضا وتحمل الالتزامات التى تنشأ عن ادارة أمواله أو بسببها . ومن ثم تثبت الشخصية للانسان من وقت الحمل بما يشترط لذلك أن تتم ولادته حيا . فثبوت الشخصية للانسان من وقت الحمل يكون متوقفا على ولادته حيا . فاذا ولد الانسان حيا اعتبر شخصا من وقت الحمل ، واذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن .

ويتفرع على ذلك أن ما يكتسبه الجنين من حقوق يكون موقوفا على شرط تمام ولادته . فاذا ولد حيا استقرت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد ، واذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن ، وبالتالى لايعتبر انه قد استحق شيئا مما تقرر له من حقوق .

وادخل تعديل لفظى على الفقرة الثانية .

ويتفق حكم الفقرة الأولى مع الرأى السائد فى الفقه الاسلامى وهو مذهب الائمة الثلاثة : مالك والشافعى وأحمد . وبه أخذ قانون المواريث (م ٤٣) وقانون الوصية (م٣٥) . وهو يخالف مذهب الامام أبى حنيفة الذى جرى عليه العمل قبل ذلك ، وفيه تثبت الشخصية للمولود فيرث اذا خرج أكثره حيا ولو مات قبل أن يتم خروج باقيه .

ويتفق حكم الفقرة الثانية مع ما تقرره الشريعة الاسلامية من حقوق للحمل المستكن ، كالحق فى ثبوت نسبه من أبيه ، وفى الميراث من مورثه (م ٢٤ من قانون المواريث) ، وفى استحقاقه من غلة الوقف الذى هو من مستحقيه . وقد يضيف القانون الى هذه الحقوق حقوقا أخرى ، كاقامة وصى يقبل الوصية أو التبرع للجنين (م٢٨و٢٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وم ٢٠ من قانون الوصية) .

(مادة ٣٩)

تسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فان لم توجد فاحكام الشريعة الاسلامية .

يطابق هذا النص المادة ٣٢ من التقنين الحالى . وقد رؤى تعديل ترتيب النصوص على خلاف ما جاء فى التقنين الحالى ، كى يأتى هذا النص الذى يؤدى حكمه الى انتهاء الشخصية حكما بعد النص الذى يتضمن انتهاء الشخصية حقيقة .

(مادة ٤٠)

١ - تثبت وقائع الحالة المدنية بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .

٢ - وينظم هذه السجلات ويحدد حجيتها فى الاثبات قانون خاص .

٣ - فاذا لم توجد هذه السجلات ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بها ، جاز الاثبات باية طريقة أخرى .

يقابل هذا النص المادتين ٣٠ و ٣١ من التقنين الحالى . فالمادة ٣٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .

٢ - فاذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى » .

والمادة ٣١ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص » .

وقد روعى فى صياغة المادة المقترحة أن تكون متفقة مع ما هو حاصل الآن من الأخذ بنظام سجل الحالة المدنية بالقانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ .

(مادة ٤١)

١ - يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده .

٢ - وينظم تشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها .

تطابق الفقرة الأولى من هذه المادة المقترحة نص المادة ٣٨ من التقنين الحالى ، وتطابق الفقرة الثانية نص المادة ٣٩ من هذا التقنين .

(مادة ٤٢)

لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه أو لقبه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

يطابق هذا النص المادة ٥١ من التقنين الحالى مع اضافة اللقب الى الاسم حتى يشملها الحكم جميعا . وقد رؤى أن يأتى الحكم الخاص بحماية الاسم بعد الأحكام الخاصة بكسب الاسم وتغييره مباشرة فلا يقوم بينهما فاصل على نحو ما هو حاصل فى التقنين الحالى الذى نظم الاسم فى المادتين ٣٨ و ٣٩ ثم أشار الى حمايته فى المادة ٥١ .

وهذا النص يحمى مصلحة شرعية ، لأن منازعة الغير فى الاسم وانتحال الغير له محرم شرعا .

(مادة ٤٣)

١ - تتكون أسرة الشخص من زوجه وذوى قرباه .

٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم اصل مشترك .

يطابق هذا النص المادة ٣٤ من التقنين الحالى مع اضافة لفظ « زوجه » فى الفقرة الأولى قبل « وذوى قرباه » لتحديد أن زوجة الشخص تدخل فى أسرة زوجها . والنص ينصرف الى كل من الزوج والزوجة . فليس من المقبول قصر أسرة أى من الزوجين على أولاده وذوى قرباه مع استبعاد الزوج الآخر . والنص الحالى لا يتسع للزوجة ، فهى ليست من ذوى القربى اذ أن أساس صلتها بالزوج رابطة الزوجية لا رابطة القرابة ، اذ قد لا يجمعهما أصل مشترك فلا يعتبران من ذوى القربى .

(مادة ٤٤)

١ - القرابة المباشرة هى الصلة ما بين الاصول والفروع .

٢ - وقرابة الحواشى هى الصلة ما بين اشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون احدهم فرعا للآخر .

يطابق هذا النص المادة ٣٥ من التقنين الحالى مع استبدال لفظ « الصلة » بلفظ « الرابطة » فى الفقرة الثانية توحيدا للفظ فى الفقرتين .

(مادة ٤٥)

يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للاصل بخروج هذا الأصل . وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع للاصل المشترك ثم نزولا منه الى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

يطابق هذا النص المادة ٣٦ من التقنين الحالى .

(مادة ٤٦)

يعتبر اقارب احد الزوجين فى ذات القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى .

(مادة ٤٧)

الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص .

يطابق هذا النص المادة ٣٣ من التقنين الحالى .

(مادة ٤٨)

ليس لأحد النزول عن حريته أو عن حق من الحقوق الملازمة لشخصيته .

يقابل هذا النص المادة ٤٩ من التقنين الحالى ، وهى تنص على ماياتى : « ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية » . وقد اضيف فى النص المقترح الحقوق الملازمة للشخصية باعتبار أنها حقوق لايجوز التصرف فيها ، وان كان فى ذكرها مايغنى عن ذكر الحرية الشخصية الا ان التنوية بالحرية فى هذا المقام أولى باعتبارها أساس الشخصية وأولى حقوقها .

(مادة ٤٩)

لكل من وقع اعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

يطابق هذا النص المادة ٥٠ من التقنين الحالى مع تعديل طفيف فى الصياغة .

(مادة ٥٠)

١ ــ كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

٢ ــ وسن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

يطابق هذا النص المادة ٤٤ من التقنين الحالى . والفقرة الأولى منه مستمدة من الشريعة الاسلامية . أما الفقرة الثانية فتستند الى المبدأ الشرعى الذى يخول ولى الأمر سلطة سن ما تقتضيه مصلحة شرعية لاتناقض نصا . اذ أن سن البلوغ فى الشريعة الاسلامية خمس عشرة سنة . وهى تقابل المادة ١٠٦ من التقنين العراقى التى تنص على أن « سن الرشد هى ثمانى عشرة سنة كاملة » . كما تقابل المادة ٤٣ فقرة ثانية من التقنين الأردنى التى تنص على ان « سن الرشد هى ثمانى عشرة سنة شمسية كاملة » .

(مادة ٥١)

١ ــ لايكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون .

٢ ــ وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز .

يطابق هذا النص المادة ٤٥ من التقنين الحالى . والفقرة الأولى منه مستمدة من الشريعة الاسلامية . والفقرة الثانية تطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من التقنين العراقى والفقرة الثالثة من المادة ١١٨ من التقنين الأردنى .

(مادة ٥٢)

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون .

يطابق هذا النص المادة ٤٦ من التقنين الحالى . وهو مستمد من الشريعة الاسلامية .

(مادة ٥٣)

يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لاحكام الولاية او الوصاية او القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون .

يطابق هذا النص المادة ٤٧ من التقنين الحالى .

(مادة ٥٤)

ليس لاحد النزول عن اهليته او التعديل فى احكامها .

يطابق هذا النص المادة ٤٨ من التقنين الحالى .

(مادة ٥٥)

١ ــ الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .

٢ ــ ويجوز ان يكون للشخص فى وقت واحد اكثر من موطن ، كما يجوز الا يكون له موطن ما .

يطابق هذا النص المادة ٤٠ من التقنين الحالى . ويتفق حكمه مع ما تقرره الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى البدائع (ج ١ ص ١٠٣ ــ ١٠٥) أنه « يجوز أن يكون الموطن الأصلى واحدا أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار فى بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها » .

« وقد عرفت المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الموطن فى ضوء أحكام الفقه الاسلامى بأنه « البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » . (انظر المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى) .

(مادة ٥٦)

يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

يطابق هذا النص المادة ٤١ من التقنين الحالى .

(مادة ٥٧)

١ ــ موطن القاصر أو المحجور عليه او المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا .

٢ ـ ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة الى التصرفات التى يعتبره القانون اهلا لمباشرتها ٠

يطابق هذا النص المادة ٤٢ من التقنين الحالى مع حذف كلمة « الأعمال » ٠

(مادة ٥٨)

١ ـ يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين ٠

٢ ـ ولايجوز اثبات وجود الموطن المختار الا بالكتابة ٠

٣ ـ والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة الى كل مايتعلق بهذا العمل بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى ٠

يطابق هذا النص المادة ٤٣ من التقنين الحالى ٠

٢ ـ الشخص الاعتبارى

(مادة ٥٩)

الاشخاص الاعتبارية هى :

١ ـ الدولة وكذلك المحافظات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والادرات والمصالح وغيرها من المنشآت التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية ٠

٢ ـ الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية ٠

٣ ـ الأوقاف ٠

٤ ـ الشركات التجارية والمدنية ٠

٥ ـ الجمعيات والمؤسسات واتحاداتها ٠

٦ ـ كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون ٠

هذه المادة تطابق المادة ٥٢ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « المحافظات » بكلمة « المديريات » فى البند ١ ، واضافة كلمة « واتحاداتها » فى البند ٥ حيث يقصد بها اتحادات الجمعيات والمؤسسات ٠

(مادة ٦٠)

يتمتع الشخص الاعتبارى فى حدود القانون بجميع الحقوق ، الا ماكان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية ، ويكون له نائب يمثله، كمايكون له:

(أ) ذمة مالية مستقلة ٠

(ب) اهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه أو التى يقررها القانون ٠

(ج) حق التقاضى ٠

(د) موطن مستقل ٠ ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته ٠ والأشخاص الاعتبارية التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز ادارتها، بالنسبة الى القانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية ٠

هذه المادة تطابق المادة ٥٣ من التقنين الحالى فيما عدا ما يأتى :

أولا ـ تتضمن الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ من التقنين الحالى عبارة تقول : « ويكون له نائب يعبر عن ارادته » ٠ وقد استبدلت بهذه العبارة عبارة « ويكون له نائب يمثله » مع نقلها الى جوار الحكم الوارد فى صدر النص ، اذ أن الشخص الاعتبارى ليست له ارادة وانما المقصود أن يكون له ممثل ينوب عنه فى مباشرة التصرفات ٠

ثانيا ـ استبدلت عبارة « الأشخاص الطبيعية » فى البند د من المادة بكلمة « والشركات » ٠

(مادة ٦١)

الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات واتحاداتها تنظمها قوانين خاصة ٠

هذه مادة مستحدثة ٠ وعلة اقتراحها أن الأحكام الخاصة بالجمعيات والمؤسسات التى تتضمنها المواد من ٥٤ الى ٨٠ من التقنين الحالى قد الغيت ، حيث تكفل بهذه الأحكام القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ثم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ٠

الفصل الرابع

تقسيم الأشياء والأموال

(مادة ٦٢)

١ ـ كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم الشرع يصح أن يكون محلا للحقوق المالية ٠

٢ ـ والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، واما الخارجة بحكم الشرع فهى التى لايجيز الشرع أن تكون محلا للحقوق المالية ٠

هذه المادة تطابق المادة ٨١ من التقنين الحالى مع استبدال لفظ «الشرع» بلفظ «القانون» ، لأن ما يخرج عن التعامل بحكم الشرع أوسع نطاقا مما يخرج عن التعامل بحكم القانون ٠

(مادة ٦٣)

١ ـ كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار ٠ وكل ماعدا ذلك من أشياء فهو منقول ٠

٢ ـ ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار او استغلاله ٠

هذه المادة تطابق المادة ٨٢ من التقنين الحالى .

انظر المادتين ٢ و ٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٦٤)

١ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى على عقار بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار .

٢ - ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية .

هذه المادة تطابق المادة ٨٣ من التقنين الحالى .

(مادة ٦٥)

الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو انفاقها .

هذه المادة تطابق المادة ٨٤ فقرة أولى من التقنين الحالى .

(مادة ٦٦)

الأشياء المثلية هى التى لا تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به فى التعامل ، وتقدر عادة بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن .

هذا النص يقابل المادة ٨٥ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو الآتى : « الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس او الكيل أو الوزن » .

وقد رؤى حذف عبارة «يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء» واستبدلت بها عبارة « لاتتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به فى التعامل » ، حتى يقتصر النص على تحديد الخصائص دون بيان الأحكام ، اذ المرجع هو الى عدم التفاوت أساسا لأنه الخاصية التى تتميز بها هذه الأشياء ، وهى التى تؤدى الى الحكم الذى يجرى فى التعامل وهو أن بعضها يقوم مقام بعض فى الوفاء .

(مادة ٦٧)

الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٦ من التقنين الحالى .

(مادة ٦٨)

١ - تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص .

٢ - وهذه الأموال لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعان من سماع الدعوى .

هذه المادة تقابل المادة ٨٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص .

٢ - وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة باستبدال عبارة «قرار جمهورى» بكلمة «مرسوم» .

وعدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة «او تملكها او كسب اى حق عينى عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعان من سماع الدعوى» بعبارة « أو تملكها بالتقادم » ، حيث أن العبالة المختارة اشمل فى احاطتها بالحكم ، كما روعى فيها الأخذ بنظام عدم سماع الدعوى الذى اعتمد المشروع على غرار ماقرره الفقه الاسلامى .

ويتضح من نصوص الدستور أن الأموال العامة أربعة : النوع الأول يشمل الأموال العامة ، والنوع الثانى يشمل الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، والنوع الثالث يشمل الأموال التعاونية ، والنوع الرابع يشمل الأموال الخاصة (م٢٩ - ٣٢ من الدستور) . وعلى هذا الأساس اصبح من المتعين أن يحدد مدلول كل من هذه الأنواع الأربعة فى الباب التمهيدى .

(مادة ٦٩)

تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٨ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « قرار جمهورى » بكلمة « مرسوم » .

(مادة ٧٠)

١ - تعتبر من أموال الدولة الخاصة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما .

٢ - وهذه الأموال ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، لا يجوز تملكها او كسب أى حق عينى عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعان من سماع الدعوى . ولايجوز التعدى عليها ، وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص حق ازلته اداريا .

الفقرة الأولى من هذه المادة نص مستحدث . وقد رؤى استحداث هذا النص بعد أن اتسع نطاق أموال الدولة الخاصة ، وذلك بخلق قطاع عام يشمل أدوات الانتاج وغيرها . فأموال الدولة الخاصة فى حكم هذا النص يراد بها كل ماهو مملوك للدولة عدا الأموال العامة ، سواء كان من أدوات التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الأراضى أو المبانى أو غير ذلك .

القسم الأول

الالتزامات او الحقوق الشخصية

الكتاب الأول

الالتزامات بوجه عام

الباب الأول

مصادر الالتزام

الفصل الأول

العقد

الفرع الأول

اركان العقد

(١) التراضى

(مادة ٧٣)

العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه .

يطابق هذا النص التعريف الوارد فى المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران ، فهى تقول : « العقد هو عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه – ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر » . وكذلك المادة ٨٧ من التقنين المدنى الأردنى .

ويطابق المادة ٧٣ من التقنين المدنى العراقى والمادة ١٠٣ من قانون التجارة الكويتى ويقابل المادة ٣١ من التقنين المدنى الكويتى (أنظر أيضا المجلة م١٠١ – ١٠٤ والمذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين الحالى تجنبا للتعريفات الفقهية . وهو مستمد من الفقه الاسلامى . ويدل على النزعة الموضوعية التى تسود هذا الفقه ، بينما الفقه اللاتينى المشتق من القانون الرومانى تسوده النزعة الذاتية . فالنقطة البارزة فى تعريف الفقه اللاتينى للعقد أنه ينشئ التزامات على عاتق شخص أو أكثر ، أما النقطة البارزة فى تعريف الفقه الاسلامى للعقد أنه يثبت أثره فى المحل .

(مادة ٧٤)

يتم ارتباط الايجاب بالقبول ، فى الوقت الذى يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد .

يقابل هذا النص المادة ٨٩ من التقنين الحالى التى تقول : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة ٩٠ من التقنين المدنى الأردنى التى تقول : « ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة ٣٢ من التقنين المدنى الكويتى .

ويقابل المادة ١٠٤ من المجلة التى تقول : « الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى متعلقهما » .

(مادة ٧٥)

١ – يكون التعبير عن الارادة باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، كما يكون باتخاذ موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود .

٢ – ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا ، اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا .

هذه المادة تقابل المادة ٩٠ من التقنين الحالى التى تقول :

« ١ – التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المعنى المقصود .

٢ – ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا ، اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا » . وقد أضيف الى صور التعبير الصريح فى الفقرة الأولى من هذه المادة توضيح يبين أن الاشارة المتداولة عرفا تكون معتبرة ولو من غير الأخرس . كما أضيفت صورة أخرى لهذا التعبير ، وهى المبادلة الفعلية الدالة على التراضى .

وتقابل فى فقرتها الأولى المادة ٧٩ من التقنين العراقى والمادة ٩٣ من التقنين الأردنى .

وتقابل المادتين ٣٤ و ٣٥ من التقنين المدنى الكويتى .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٣٤٦ من مرشد الحيران على أنه « كما ينعقد البيع بالايجاب والقبول خطابا يصح انعقاده بهما تحريرا أو مكاتبة ... وينعقد البيع أيضا بالاشارة المعروفة للأخرس » ، ونصت المادة ٣٤٧ على أنه « يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطى » . ونصت المادة ١٧٣ من المجلة على أنه « كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضا » . ونصت المادة ١٧٤ على أنه « ينعقد البيع بالاشارة المعروفة للأخرس » . ونصت المادة ١٧٥ على أنه « حيث أن المقصد الأصلى من الايجاب والقبول هو تراضى الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ويسمى هذا بيع التعاطى

(أنظر أيضا المبسوط ج ١٢ ص ١٠٨ – ١٠٩ · البدائع ج ٥ ص ١٣٣ – ١٣٥ بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤١ · المغنى ج ٤ ص ٤ و٥ · وأنظر فيما يتعلق بقبول الاشارة من غير الأخرس ، الزرقانى ج٥ ص٤ · المذكرة الايضاحية للتقنين الحالى) ·

(مادة ٧٦)

ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه · ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ·

يطابق هذا النص المادة ٩١ من التقنين الحالى · ويقابل المادة ٣٦ من التقنين المدنى الكويتى ·

(مادة ٧٧)

يسقط التعبير عن الارادة اذا كان من صدر منه أو من وجه اليه التعبير قد مات أو فقد أهليته قبل ارتباط الايجاب بالقبول ·

هذه المادة تقابلها المادة ٩٢ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فان ذلك لايمنع من ترتب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » ·

وجاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى فى صدد هذا النص ما يأتى :

يجرى المذهب المالكى على هذا الرأى : الزرقانى ج٥ ص٦٥ · أما المذهب الحنفى فهو على خلاف ذلك : البدائع ج٥ ص٢٢٨ وج٦ ص٢٠ · الهداية ج٥ ص٧٨ · الأشباه ص١٤٣ ·

وقد رؤى فى النص المقترح العدول عن الحكم الوارد فى نص التقنين الحالى والأخذ برأى جمهور الفقه الاسلامى وهم الحنفية (البدائع ج٥ ص ٢٢٨ و ج ٦ ص ٢٠) والشافعية (مغنى المحتاج ج٢ ص٦) والحنابلة (المغنى لابن قدامة ج ٣ ص ٤٨٣) والشيعة الجعفرية (فقه الامام جعفر ج ٣ ص ٤٤) ·

حيث ترى هذه المذاهب أن الايجاب يسقط بموت الموجب أو بفقده أهليته على أساس خيار الموجب فى الرجوع فيه ، اذ أنه يتعذر عليه حينئذ اعمال هذا الخيار ·

وعليه فبمقتضى النص المقترح لا ينعقد العقد اذا كان الموجب أو القابل قد مات أو فقد أهليته قبل أن ينتج القبول أثره بوصوله الى علم الموجب ، أى قبل ارتباط الايجاب بالقبول ·

(مادة ٧٨)

١ – اذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد ·

٢ – وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ·

هذه المادة تطابق المادة ٩٣ من التقنين الحالى · وتطابق الفقرة الأولى منها المادة ٨٤ من التقنين العراقى والمادة ٩٨ من التقنين الأردنى ، وتطابق المادة ٢/٤١ من التقنين المدنى الكويتى ·
وهذا النص يجد سنده فى الفقه المالكى ·

(مادة ٧٩)

١ – اذا صدر الايجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا · وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق الهاتف أو بأى طريق مماثل ·

٢ – ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا ، اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الايجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد ·

هذه المادة تطابق المادة ٩٤ من التقنين الحالى ·

وتقابل المادة ٨٢ من التقنين العراقى والمادة ٩٦ من التقنين الأردنى · وهما تنصان على ما يأتى : « المتعاقدان بالخيار بعد الايجاب الى آخر المجلس · فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك » ·

وتقابل المادة ٤٦ من التقنين الكويتى ·

وحكم المادة المقترحة مستمد من قواعد الفقه الاسلامى فى مجلس العقد ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى ما يأتى : « لمن وجه إليه الايجاب أن يقبله عند الحنفية ، الى وقت انفضاض المجلس أو الى الوقت الذى يصدر منه مايدل على الأعراض (أنظر م ١٧٢ – ١٨٣ من المجلة · والبدائع ج٥ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ، ٢٢٨) · أما المذهب الشافعى فيشترط أصحابه القبول فورا ولكنهم يخولون القابل حق العدول ، وهو ما يسمونه خيار المجلس ، الى وقت افتراق المتعاقدين · أما المذهب المالكى فيتفق فى الرأى مع مذهب الشافعية ولكنه لا يعطى القابل خيار المجلس (أنظر فيما يتعلق بالمذهبين الأخيرين بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤١ – ١٤٣ والمغنى ج ٤ ص ٤٣٦) ·

وجاء أيضا فى هذه المذكرة ما يأتى : « بعد أن عين المشروع المدة التى يكون الايجاب خلالها ملزما عند تحديد ميعاد له واجه الحالة التى لا يحصل فيها تحديد · وينبغى التمييز فى هذا المقام بين صورتين .

(١) فيلاحظ أولا أن الايجاب اذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره · وينزل الايجاب الصادر من شخص الى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الايجاب الصادر الى شخص حاضر ·

وقد اخذ المشروع في هذه الصورة من المذهب الحنفي قاعدة حكمية، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت، اذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن ايجابه في الفترة التي تقع بين الايجاب والقبول. وقد رؤي من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود، بنظرية الشريعة الاسلامية في اتحاد مجلس العقد.

(ب) أما اذا صدر الايجاب لغائب فيبقى الموجب مرتبطا به الى أن ينقضي الميعاد الذي يتسع عادة لوصول القبول اليه، فيما لو كان قد أرسل هذا القبول دون ارجاء لا تبرره الظروف. وللموجب أن يفترض أن ايجابه قد وصل في الميعاد المقدر لوصوله».

(مادة ٨٠)

١ – لا ينسب الى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا.

٢ – ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص في الأحوال الآتية:

(أ) اذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على ان الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول، فان العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب.

(ب) اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل وسكت من وجه اليه الايجاب عن الرد.

(جـ) اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه.

٣ – يعتبر سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

الفقرة الأولى من هذه المادة نص مستحدث يتضمن القاعدة والاستثناء فيما يتعلق بمدى صلاحية السكوت للتعبير عن ارادة القبول. وهو مستمد من الفقه الاسلامي. وقد نصت عليه المادة ٦٧ من المجلة. كما وردت تطبيقات لحكمه في مواد عديدة من المجلة (انظر م ٢٧٦، ٤٣٨، ٨٠٥، ١٦٥٩). (انظر كذلك الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٨. الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧، ٩٨).

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٨١ من التقنين العراقي، والفقرة الأولى من المادة ٩٥ من التقنين الأردني، وتطابق في الجزء الأخير منها الفقرة الأولى من المادة من التقنين المدني الكويتي.

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقابل المادة ٩٨ من التقنين الحالي، وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٨١ من التقنين العراقي، والفقرة الثانية من المادة ٩٥ من التقنين الأردني، والفقرة الثانية من المادة ٤٤ من التقنين المدني الكويتي.

أما الفقرة الثالثة فتضيف تطبيقا كان واردا في نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي.

وما جاء في الفقرتين الثانية والثالثة يتضمن مجرد تطبيقات للاستثناء الوارد على القاعدة.

(مادة ٨١)

١ – لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل، فلا يكفي لالزام الطرفين، حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة.

٢ – ومع ذلك اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم يتفق عليها، فان المحكمة تقضي فيها لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة. وكان المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يتضمن نصا مطابقا لهذه الفقرة، هو المادة ١٢٧، ولكن حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليها. وحكمها مسلم به في الفقه الاسلامي. (البدائع ج ٥ ص ١٣٦، ١٣٧. ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥). وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨٦ من التقنين العراقي، والفقرة الأولى من المادة ١٠٠ من التقنين الأردني.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٥ من التقنين الحالي، والفقرة الثانية من المادة ٨٦ من التقنين العراقي، والفقرة الثانية من المادة ١٠٠ من التقنين الأردني. وتقابل المادة ٥٢ من التقنين المدني الكويتي.

(مادة ٨٢)

١ – يجب لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقا للايجاب.

٢ – فاذا اقترن القبول بما يزيد في الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا.

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة. وهي تطابق في حكمها المادة ٨٥ من التقنين العراقي، والفقرة الأولى من المادة ٩٩ من التقنين الأردني، والفقرة الثانية من المادة ٤٣ من التقنين المدني الكويتي، وحكمها مسلم به في الفقه الاسلامي (م ١٧٧ – ١٨٠ من المجلة، البدائع ج ٥ ص ١٣٦. المختار ج ٣ ص ٤).

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٦ من التقنين الحالي، والفقرة الثانية من المادة ٩٩ من التقنين الأردني، والفقرة الثانية من المادة ٤٣ من التقنين المدني الكويتي. وحكمها مسلم به في الفقه الاسلامي (البدائع ج ٥ ص ١٣٦).

(مادة ٨٣)

١ – يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

٢ – ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول.

هذه المادة تطابق المادة ٩٧ من التقنين الحالي . والمادة ٨٧ من التقنين العراقي . وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الاردني ، والمادة ٤٩ من التقنين المدني الكويتي .

انظر فيما يتعلق بأحكام الفقه الاسلامي في هذا الصدد : م ٣٤٦ من مرشد الحيران . البدائع ج٥ ص١٣٧ و١٣٨ . ابن عابدين ج٤ ص ١٣ – ١٥ . وانظر فيما يتعلق بنظرية العلم بالقبول : فتح القدير ج ٥ ص ٤٥٦ . وراجع : عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٥٠ – ٦١ .

(مادة ٨٤)

لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ٩٩ من التقنين الحالي ، وتقابل المادة ٨٩ من التقنين العراقي والمادة ١٠٣ من التقنين الأردني .

ويقر الفقه الاسلامي بيع المزاد ، ويسميه «بيع من يزيد» . ويتفق حكم النص المقترح مع ما يقول به هذا الفقه (انظر البدائع ج٥ ص٢٣٢ و ٢٣٣ . الزيلعي ج ٤ ص ٦٧ . فتح القدير ج ٥ ص ٢٣٩ و٢٤١ . الحطاب ج ٤ ص ٢٣٧ . الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢١٠ و ٢١٢ . البحر الرائق ج ٦ ص ٩٩ . المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٤٧ – ٤٤٩ . عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج٢ ص ٦٢ – ٧٧) .

(مادة ٨٥)

يعتبر التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب في عقد الاذعان قبولا .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٠ من التقنين الحالي والمادة ١٠٤ من التقنين الاردني والمادة ١٦٧ فقرة أولى من التقنين العراقي والمادة ٨٠ من القانون الكويتي .

وعقد الاذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها . وهذا العقد وليد التطور في الحياة الاقتصادية الحديثة ، حيث ظهرت شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية . ومن أمثلته عقد العمل في الصناعات الكبيرة ، وعقد التامين بانواعه المختلفة ، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك في المياه والنور والغاز والهاتف ، والتعاقد مع مصلحة البريد والبرق .

ولذلك لا يتحدث الفقه الاسلامي عن عقد الاذعان ، وانما يتناول الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها هذا العقد ، وهي الا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه ، فيرضخ الناس للسعر الذي يفرضه نظرا الى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة .

وقد حمل الفقه الاسلامي على الاحتكار وتناوله في صورتين كانتا مألوفتين في عهده ، وهما بيع متلقي السلع وبيع الحاضر للبادي (انظر في الاحتكار : الفتاوى الهندية : ج٣ ص ٢١٣ و ٢١٤ . المدونة الكبرى ج ١٠ ص ١٢٣ . القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ . المهذب ج ١ ص ٢٩٢ . المغني ج ٤ ص ٢٨٢ و ٢٨٣ . وانظر في بيع متلقي السلع أو الجلب أو الركبان وهو صورة من صور الاحتكار: البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ . الجوهرة النيرة للحدادي في شرح مختصر القدوري ج١ ص ١٠٦ . القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٩ . المهذب ج١ ص ٢٩٢ . وانظر في بيع الحاضر للبادي وهو أيضا صورة من صور الاحتكار : البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ . فتح القدير ج٥ ص ٢٤٠ . المهذب ج١ ص ٢٩١ و ٢٩٢ . المغني ج٤ ص ٢٨٠ . عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٨١ – ٩٢) .

ويتضح من هذا أن الشريعة الاسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن في عقد الاذعان .

وسنرى فيما يلي من النصوص ما ينهض بهذه الحماية .

(مادة ٨٦)

١ – الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد ، الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، والمدة التي يجب ابرامه فيها .

٢ – واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٠١ من التقنين الحالي والمادة ٩١ من التقنين العراقي والمادة ١٠٥ من التقنين الأردني . وتقابل المادة ٧٢ من التقنين المدني الكويتي (راجع في الشريعة الاسلامية أحمد ابراهيم ، التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ٥١ وما بعدها) .

(مادة ٨٧)

اذا وعد شخص بابرام عقد ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ العقد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبوجه خاص مايتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضي مقام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد في المادة المقترحة لابراز أن العقد الموعود به ينعقد بمجرد أن يظهر الموعود له رغبته في التعاقد . اذ أن ابداء الرغبة يكون بمثابة قبول لايجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد والذي يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي . ومن ثم يكون طلب المتعاقد الآخر منصبا على تنفيذ العقد وليس على تنفيذ الوعد .

كما ادخلت تعديلات لفظية ، فاستبدلت عبارة « وبوجه خاص » بعبارة « وبخاصة » ، واستبدلت عبارة « قوه الأمر المقضى » بعبارة « قوة الشيء المقضى به » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٦ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ١٠٢ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى لها هو ذلك المبدأ الاساسى فى الشريعة الاسلامية الذى جاء فى الآية الكريمة : « يأيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » .

(مادة ٨٨)

١ ـ دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد ان لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه خلال مدة معقولة ، الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ ـ فاذا عدل من دفع العربون ، فقده ، واذا عدل من قبضه ، رده ورد مثله معه .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٣ من التقنين الحالى .

وهى تقابل المادة ١٠٧ من التقنين الاردنى ، وتقابل المادة ٩٢ من التقنين العراقى ، وتقابل المادتين ٧٥ و ٧٦ من التقنين المدنى الكويتى .

وحكم العربون ، وان كان غير متفق عليه فى الفقة الاسلامى ، الا ان الامام أحمد بن حنبل يجيز بيع العربون (انظر المغنى ج ٤ ص ٥٨ و ٥٩) . (وانظر رأيا مخالفا عند الامام مالك : الموطأ ٢ ص ٦٠٩ ـ ٦١١) .

اما دلالة العربون فى الفقه الاسلامى عند الشك ، هل هى للتعاقد أو لجواز العدول ، فامر يترك للعرف والعادة ، ففى الفقه الاسلامى العادة محكمة (أنظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٩٦ ـ ١٠٢) .

وقد اخذ فى النص المقترح ، كما هو الحكم فى التقنين الحالى ، بدلالة العدول ، حيث يعتبر دفع العربون دليلا على أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن العقد خلال المدة التى يجوز له فيها ذلك « الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك » .

(مادة ٨٩)

١ ـ اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لاشخص الاصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى وجود الارادة والتعبير عنها وعيوبها وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة او افتراض العلم بها حتما .

٢ ـ ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، كان محل الاعتبار عند النظر فى الامور المذكورة فى الفقرة السابقة هو شخص كل من الأصيل والنائب ، وذلك بالقدر الذى اسهمت به ارادة كل منهما فى ابرام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو الآتى :

« ١ ـ اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة او فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة او افتراض العلم بها حتما .

٢ ـ ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل ان يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها » .

وقد روعى فى تعديل نص هذه المادة أن هناك حالات تنفرد فيها ارادة النائب بابرام التصرف ، كما هو الشأن فى حالات النيابة القانونية وحالات الوكالة التى يكون دور الموكل فيها ثانويا . وتواجه الفقرة الأولى من النص المقترح هذه الحالات ، حيث يعتد بارادة النائب وحده .

وهناك حالات لا يقوم فيها النائب الا بدور ثانوى ، كما هو الشأن فى حالات الوكالة التى يكون دور الوكيل فيها ثانويا ، حيث يعتد بارادة الاصيل بصفة أساسية . وهناك حالات تتعاون ارادة الأصيل مع ارادة النائب ، وحينئذ يعتد بارادة كل من الأصيل والنائب فى حدود القدر الذى أسهم به كل منهما فى ابرام التصرف . والفقرة الثانية من النص المقترح تواجه هاتين الطائفتين الأخيرتين من الحالات .

ويؤخذ على الفقرة الثانية من النص الحالى أنها لا تأخذ بالفكرة الأساسية بصورتها الكاملة ، فتقصر الحكم على حالات علم الاصيل ببعض الظروف ، مع أن هذا يتنافى مع غرض الشارع من النص ويناقض الفكرة التى يقوم عليها الحكم ، ولهذا يجب فى هذا النطاق ان يعتد بكل من الارادتين فى حدود القدر الذى أسهمت به كل منهما ، سواء فيما يتعلق بشروط الارادة أو عيوبها او غير ذلك من الظروف التى تؤثر فى صحة التصرف أو نفاذه .

والمادة ١٠٤ من التقنين الحالى تطابقها المادة ١١١ من التقنين الأردنى ، كما تطابقها فى الحكم المادة ٥٦ من التقنين المدنى الكويتى .

ولم تظفر فكرة النيابة بتنظيم شامل الا فى التقنينات الحديثة ، فلم ترد فى التقنين الفرنسى ولا فى التقنينات العربية القديمة نظرية عامة للنيابة ، وانما وردت نصوص متفرقة أكثرها فى خصوص الوكالة . وهذا هو شأن الفقه الاسلامى ، حيث لم ترد فيه نظرية عامة للنيابة ، وانما جاءت فيه نصوص متفرقة أكثرها فى الوكالة . ولما أقام التقنين الحالى نظرية عامة للنيابة نقلت عنه التقنينات العربية الحديثة ، بما فيها التقنين الأردنى ، ما عدا التقنين العراقى ، فقد اقتصر على ايراد فريق من المنصوص فى خصوص الوكالة .

غير أنه يلاحظ أن المبادىء التى تقوم عليها النظرية العامة للنيابة يقرها الفقه الاسلامى ، اذ أن ما ورد فيه فى خصوص الوكالة ليس سوى تطبيقا لهذه المبادىء .

(مادة ٩٠)

اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥ من التقنين الحالى ، والمادة ١١٢ من التقنين الأردنى ، والمادة ٥٧ من التقنين الكويتى .

ونصت المادة ٩٤٢ من التقنين العراقى على الحكم ذاته فى خصوص عقد الوكالة ، فقالت ان « حقوق العقد تعود الى العاقد ، فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفى حدود الوكالة فان العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه » .

انظر في خصوص عقد الوكالة : المجلة م ١٤٦٠ – ١٤٦٢ ٠ وأنظر م ١١٣ من التقنين الأردني ٠

(مادة ٩١)

اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائبا ، فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا ، الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده ان يتعامل مع الأصيل أو النائب ٠

هذه المادة تطابق المادة ١٠٦ من التقنين الحالي ، فيما عدا استبدال عبارة « يستفاد من الظروف » بعبارة « المفروض حتما » ٠ وقد كانت العبارة المقترحة موجودة في النص في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ولكن استبدلت بها العبارة الثانية في لجنة مجلس الشيوخ ، مع أن العبارة الأولى أدق في الدلالة على المعنى المقصود ٠

وتطابق في حكمها المادة ٥٨ من التقنين الكويتي ٠

وتقابل المادة ٩٤٣ من التقنين العراقي التي وردت في خصوص الوكالة ، حيث تنص على أنه «اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلا فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه اليه الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده ان يتعامل مع الوكيل أو الموكل فله أن يرجع على أى من الموكل أو الوكيل ولأيهما أن يرجع عليه» ٠

وتقابل المادة ١١٣ من التقنين الاردني التي تقول : « اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسمه فان حكم العقد يرجع الى الأصيل وتنصرف حقوق العقد الى النائب الا اذا كان العاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فترجع الحقوق الى الأصيل كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه » ٠

انظر : مرشد الحيران م ٢٧٩ و ٢٨٠ ٠ المجلة م ١٤٦٠ و ١٤٦١ و ١٥٩٠ و ١٥٩٣ ٠

(مادة ٩٢)

اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فان أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف الى الأصيل أو خلفائه ٠

هذه المادة تطابق المادة ١٠٧ من التقنين الحالي والمادة ١١٤ من التقنين الأردني ٠

وتطابق في حكمها المادة ٩٤٨ من التقنين العراقي التي وردت في خصوص عقد الوكالة ، فقالت أنه « لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذى تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها » ٠

وتقابل المادة ٦٠ من التقنين الكويتي ٠

(مادة ٩٣)

لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء اكان التعاقد لحسابه ام لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل ، فاذا وقع هذا التعاقد ، كان موقوفا على اجازة الأصيل ٠ وهذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون اوقواعد التجارة ٠

هذه المادة تقابل المادة ١٠٨ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء اكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل ٠ على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة مايخالفه مما يقضى به القانون او قواعد التجارة » ٠

وقد عدلت هذه المادة على النحو المذكور في المتن ، وذلك أخذا بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الاسلامي ٠ والعقد الموقوف ينشأ صحيحا ، ولكنه لا ينتج لآثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى أن ينقضي العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ ٠ فاذا تعاقد الغائب مع نفسه انعقد العقد موقوفا على أجازة الأصيل ، وذلك على أساس أن النائب قد جاوز حدود نيابته ٠ فاذا اجاز الأصيل العقد نفذ ،واذا لم يجزه بطل ٠

والمادة المقترحة يقابل المادة ١١٥ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ١٠٨ من التقنين المصرى الحالي ٠

وتقابل المادة ٦٢ من التقنين الكويتي التي تتفق في حكمها مع المادة ١٠٨ من التقنين المصرى الحالي ، حيث تنص على أنه « لا يجوز للنائب بدون اذن خاص ، أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، ولو اجرى هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره ٠ فاذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ في مواجهة الأصيل ، ما لم يحصل اقراره ،وذلك كله ما لم يقض القانون أو عرف التجارة بما يخالفه » ٠

أما التقنين العراقي فلم يرد فيه نص عام في هذا الموضوع ، وانما اكتفى الشارع فيه بتحريم التعاقد مع النفس في حالات معينة ٠

كذلك لم يرد في الفقه الاسلامي قاعدة عامة في هذا الخصوص وانما اقتصر الامر فيه على تحريم التعاقد مع النفس في حالات معينة (انظر المادتين ١٤٨٨ و ١٤٩٦ من المجلة ، والمواد ٣٦٣ – ٣٦٦ من مرشد الحيران) ٠

(مادة ٩٤)

كل شخص اهل للتعاقد ، ما لم تسلب اهليته او يحد منها بحكم القانون ٠

هذه المادة تطابق المادة ١٠٩ من التقنين الحالي ، والماده ٩٣من التقنين العراقي ، والمادة ١١٦ من التقنين الأردني ٠ وتطابق في حكمها المادة ٨٤ من التقنين الكويتي ٠

(مادة ٩٥)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة ٠

هذه المادة تطابق المادة ١١٠ من التقنين الحالي ، والماده ١١٧من التقنين الأردني ٠ وتطابق في حكمها المادة ٩٦ من التقنين العراقي ، والمادة ٨٦/١ من التقنين الكويتي ٠

وحكمها مستمد من الشريعة الاسلامية : م ٩٦٦ من المجلة وم ٢٦٩ من مرشد الحيران ٠

(مادة ٩٦)

١ ـ اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

٢ ـ اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون موقوفة لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١١ من التقنين الحالى التى تقول :

« ١ ـ اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

« ٢ ـ أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال. فيكون تصرف الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفا على اجازة وليه فى الحدود التى يجوز فيها التصرف ابتداء أو اجازة المحكمة او اجازته هو بعد بلوغه سن الرشد .

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التى تدعو الى تفضيل فكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى على فكرة العقد القابل للابطال التى ياخذ بها التقنين الحالى .

والنص المقترح مستمد من الشريعة الاسلامية ، وهو يطابق فى حكمه المادة ٩٧ فقرة أولى من التقنين العراقى ، والمادة ١١٨ فقرة أولى وثانية من التقنين الأردنى ، والمادة ٩٦٧ من المجلة ، والمادتين ٢٧٠ و ٢٧١ من مرشد الحيران .

(مادة ٩٧)

اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره واذن له فى تسلم أمواله لادارتها ، كانت اعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « أو تسلمها بحكم القانون » التى جاءت وفقا لما كان يقضى به قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ . فقد كان هذا القانون يخول القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة الحق فى تسلم أمواله وادارتها بحكم القانون دون حاجة الى اذن ، ما لم يمنع من التصرف . ثم جاء قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ ومن بعده قانون الولاية على المال الصادر فى سنة ١٩٥٢ ، فاشترط كلاهما الاذن .

وتقابل المادة ٩٨ فقرة أولى من التقنين العراقى التى تقول : « للولى بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز اذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة . ويكون الاذن مطلقا او مقيدا » .

وكذلك المادة ١٠١ فقرة أولى من التقنين العراقى التى تقول : « للمحكمة أن تاذن للصغير المميز عند امتناع الولى عن الاذن وليس للولى أن يحجر عليه بعد ذلك » .

كما تقابل المادة ١١٩ فقرة أولى من التقنين الأردنى التى تنص على أن « للولى بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز اذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة له . ويكون الاذن مطلقا أو مقيدا » .

وكذلك المادة ١٢٢ فقرة أولى من التقنين الأردنى التى تنص على أن « للمحكمة أن تاذن للصغير المميز عند امتناع الولى عن الاذن وليس للولى أن يحجر عليه بعد ذلك » .

أنظر م ٩٦٨ من المجلة وما يليها .

وتطابق فى حكمها المادة ٨٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩٨)

تحجر المحكمة على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٣ من التقنين الحالى مع تعديلات لفظية طفيفة .

وهى تقابل المادة ٩٤ من التقنين العراقى التى تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة ٩٥ من هذا التقنين التى تقول : « تحجر المحكمة على السفيه وذى الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة » .

وتقابل المادة ١٢٧ من التقنين الأردنى التى تقول : « ١ ـ الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم . ٢ ـ أما السفيه وذو الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون . ٣ ـ يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة » .

وتقابل المادة ٩٥٧ من المجلة التى تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة ٩٥٨ من المجلة التى تقول : « للحاكم أن يحجر على السفيه » .

وتقابل المادة ٨٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٩٩)

١ ـ يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ ـ اما اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

هذه المادة تطابق المادة ١١٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ١٠٧ من التقنين العراقى التى تقول : « المعتوه هو فى حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة ١٠٨ من هذا التقنين التى تقول :

« المجنون المطبق هو فى حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق تصرفاته فى حالة افاقته كتصرفات العاقل » .

وتقابل المادة ١٢٨ من التقنين الأردنى التى تقول : « ١ ـ المعتوه هو فى حكم الصغير المميز . ٢ ـ المجنون المطبق هو فى حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته فى حالة افاقته كتصرف العاقل » .

وتقابل المواد ٩٧٨ و ٩٧٩ و ٩٨٠ من المجلة وهى تطابق نصوص التقنينين العراقى والأردنى المذكورة . وتقابل المادة ٢٦٩ من مرشد الحيران .

وتقابل المواد ٨٨و٩٩و١٠٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٠)

١ ـ يسرى على تصرف السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من احكام .

٢ ـ اما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلا او موقوفا الا اذا كان نتيجة استغلال او تواطؤ .

هذه المادة تقابل المادة ١١٥ من التقنين الحالى التى تقول : « (١) اذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام . (٢) أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للابطال ، الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى النص المقترح .

وعدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال .

فبعد تسجيل قرار الحجر يكون تصرف السفيه أو ذى الغفلة الدائر بين النفع والضرر موقوفا على اجازة القيم فى الحدود التى يجوز له فيها التصرف ابتداء أو اجازة المحكمة او أجازته هو بعد رفع الحجر . أما قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون هذا التصرف موقوفا الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٩ فقرة أولى من التقنين العراقى التى تقول : « السفيه المحجور هو فى المعاملات كالصغير المميز . ولكن ولى السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لابيه وجده ووصيهما حق للولاية عليه . اما تصرفات السفيه التى وقعت قبل الحجر عليه فهى كتصرفات غير المحجور : الا اذا كان التصرف وقع غشا بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعا للحجر » . وكذلك المادة ١١٠من هذا التقنين التى تقول : « ذو الغفلة حكمه حكم السفيه » .

وتقابل المادة ١٢٩ من التقنين الأردنى التى تقول :

« ١ ـ يسرى على تصرفات المحجور للغفلة او السفة ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام ، ولكن ولى السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لابيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه . ٢ ـ اما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة الا اذا كانت نتيجة استغلال او تواطؤ » .

وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٩٩٠ من المجلة التى تقول : « السفيه المحجور هو فى المعاملات كالصغير المميز،ولكن ولى السفيه الحاكم فقط وليس لابيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية » . وكذلك المادة ٩٩١ من المجلة التى تقول : « تصرفات السفيه التى تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لاتصح ، لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس » .
أنظر ٢٧٣ من مرشد الحيران .

(مادة ١٠١)

١ ـ يكون تصرف المحجور عليه لسفه او غفلة بالوقف او بالوصية صحيحا ، متى أذنته المحكمة فى ذلك .

٢ ـ وتكوناعمال الادارة الصادرة من المحجور عليه لسفه او غفلة ، المأذون له بتسلم امواله صحيحة، فى الحدود التى رسمها القانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل الفقرة الثانية بحيث يشمل حكمها المحجور عليه للغفلة أسوة بالمحجور عليه للسفه ليتسق حكمها مع حكم المادة ٦٧ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص باحكام الولاية على المال ، وهى تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفله أو باذن من المكحمة ان يتسلم امواله كلها أو بعضها لادارتها ، وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شان القاصر المأذون » .

وتطابق فى حكمها المادة ١٣٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

١ ـ يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة فى ذلك .

٢ ـ وتكون أعمال الادارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمتها الجهة التى اصدرت الاذن » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٩ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « تصح وصايا السفيه بثلث ماله » . وكذلك المادة ١١٠ من هذا التقنين التى تنص على أن « ذو الغفله حكمة حكم السفيه » .

وتقابل المواد ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٧٣ من مرشد الحيران التى تنص على أن المحجور عليه حجرا قضائيا لسفه تصح تصرفاته فى وصاياه بالقرب من ثلث ماله ان كان له وارث .

(مادة ١٠٢)

١ ـ اذا كان الشخص اصم ابكم ، او اعمى اصم ، او اعمى ابكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، او كان يخشى من انفراده بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد ، جاز للمحكمة

ان تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

٢ ـ فبعد تسجيل قرار المساعدة ، اذا صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا اى تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة فيها بغير معاونة المساعد ، كان هذا التصرف موقوفا على اجازة المساعد أو المحكمة .

هذه المادة تقابل المادة ١١٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

٢ ـ ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية ، فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد ، اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » .

وقد ادخل على هذه المادة الواردة فى التقنين الحالى التعديلات الآتية :

أولا ـ أضيف الى الفقرة الأولى الحالة التى يخشى فيها من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد . وذلك حتى يتسق النص المقترح مع نص المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال الذى يتناول هذه الحالة الى جانب حالة الاصابة بعاهتين من العاهات الثلاثة المذكورة .

ثانيا ـ عدلت الفقرة الثانية بما يتفق مع الاخذ بفكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا كان الشخص اصم ابكم أو أعمى اصم او اعمى ابكم وتعذر بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصيا وتحدد تصرفات هذا الوصى » .

وتقابل المادة ١٣٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا كان الشخص اصم ابكم او أعمى اصم أو أعمى ابكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تعين له وصيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك » .

وتقابل المواد ١٠٧ و ١٠٨ و ١٠٩ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٣)

اذا كان طلب الحجر أو المساعدة القضائية قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر أو المساعدة ، ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار من أحكام .

هذا نص مستحدث ، وقد قصد من ايراده اعمال حكم المادتين ١٠٢٦ و ١٠٢٨ من تقنين المرافعات ، حيث تجيز الأولى تسجيل طلبات الحجر والمساعدة القضائية ، وترتب الثانية على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار فى تطبيق أحكام القانون المدنى .

(مادة ١٠٤)

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام ، تكون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٣٣ من التقنين الأردنى .

(مادة ١٠٥)

يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد ، وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض ، اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته .

وهذه المادة تطابق المادة ١١٩ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٣٤ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد ٢٠ ـ غير أنه اذا لجأ الى طرق احتيالية لاخفاء نقص أهليته لزمه التعويض » .

وتطابق فى حكمها المادة ٩٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٦)

١ ـ يكون الغلط جوهريا ، بفوات الوصف المرغوب فيه ، اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .

٢ ـ فيكون العقد موقوف النفاذ :

(أ) اذا وقع الغلط فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب فى التعامل من حسن النية .

(ب) اذا وقع الغلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد .

(ج) اذا وقع الغلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها ضرورية للعقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٢١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:
« ١ – يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .

٢ – ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :

(أ) اذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب فى التعامل من حسن النية .

(ب) اذا وقع فى ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(١) أضيف الى الفقرة الأولى معيار الغلط الذى يقول به الفقه الاسلامى كمرادف للغلط الجوهرى ، وهو فوات الوصف المرغوب فيه . وبذلك يخضع معيار الغلط للتحديد الدقيق الذى تقول به النظرية الحديثة فى الغلط على النحو الوارد فى هذه الفقرة .

وطبقا لما يقول به الفقه الاسلامى ، فان فوات الوصف المرغوب فيه قد تدل عليه الارادة الصريحة فى العقد أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الاشياء أو العرف (انظر : الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٤٠ – ١٤١ . البدائع ج٥ص١٤٠ و ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٩٢ و ٣٣٥ . فتح القدير ج ٥ ص ١٥١ و٢٠١ و٢٠٦ . المبسوط ج ١٣ ص ١٢ و ١٣ . البحر الرائق ج ٦ ص ٢٠٥ . عبد الرزاق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ص (١١١ – ١٥٦) . وهذا ماذكرته المادة ١٥١ من التقنين الأردنى ، وهو يدخل جميعه فى نطاق الدلالات التى وردت فى البنود أ و ب و جـ من الفقرة الثانية للنص المقترح .

(٢) صيغت العبارة الأولى من الفقرة الثانية على نحو يخالف ما جاء فى نص التقنين الحالى . فعبارة هذا النص تدل على أن ما ورد ذكره بعدها هو مجرد أمثلة لحالات الغلط . بينما العبارة المقترحة يفهم منها حصر حالات الغلط فى البنود التالية . وقد روعى فى هذه الصياغة الأخذ بفكرة العقد الموقوف .

(٣) أضيف بند ثالث (ج) للبندين الواردين فى نص التقنين الحالى. وقد جاء هذا البند فى نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى، ولكنه حذف لأن ذكر الحالة الواردة فيه مع الحالتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لايراد الفقرة الثانية من النص على سبيل التمثيل ، لاسيما وأن الحالة المحذوفة مستفاد حكمها مما ورد فى البند الأول .

ومع ذلك رؤى اضافة هذا البند لتأكيد أن ثمة حالتين للغلط غير تلك التى وردت فى البندين (أ و ب) وهما حالة الغلط فى القيمة وحالة الغلط فى الباعث .

والمادة المقترحة يقابلها المادتان ١١٧ و ١١٨ من التقنين المدنى العراقى . فالمادة ١١٧ من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من انعقاد العقد والغلط الذى يجعل العقد موقوفا على اجازة العاقد، حيث تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا وقع غلط فى محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا أنه يكون موقوفا على اجازة العاقد .

٢ – فاذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على أجازة المشترى » .

وهذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٠١ من مرشد الحيران والمادتين ٢٠٨ و ٣١٠ من المجلة .

والمادة ١١٨ من التقنين العراقى تطابق فى حكمها المادة المقترحة، حيث تنص على ما يأتى :

لاعبرة بالظن البين خطاه . فلا ينفذ العقد :

«١ – اذا وقع غلط فى صفة للشىء تكون جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التى تم فيها العقد ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية .

٢ – اذا وقع غلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد .

٣ – اذا وقع غلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد ».

وفى التقنين الأردنى يقابل المادة المقترحة المواد ١٥١ و١٥٢ و١٥٣ . فالمادة ١٥١ من هذا التقنين تنص على أنه « لا يعتبر الغلط الا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف » .

والمادة ١٥٢ من هذا التقنين تتناول الغلط المانع من انعقاد العقد، حيث تنص على أنه « اذا وقع الغلط فى ماهية العقد أو فى شرط من شروط الانعقاد أو فى المحل بطل العقد» .

والمادة ١٥٣ من هذا التقنين تتناول الغلط الذى يخول العاقد خيار الفسخ ، حيث تنص على أن « للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط فى أمر مرغوب كصفة فى المحل أو ذات المتعاقد أو صفة فيه » .

ويتضح من هذه النصوص ان أحكام الغلط فى التقنين العراقى والتقنين الأردنى ، وهما التقنينان اللذان حرصا على الأخذ من الشريعة الاسلامية ، تتفق فى الجملة مع ما تقضى به المادة المقترحة . فالمادة ١١٨ من التقنين العراقى تطابق فى حكمها المادة المقترحة . والمادة ١٥٣ من التقنين الأردنى ذكرت الحالات الواردة فى البندين (أ و ب) من المادة المقترحة على سبيل التمثيل .

ويلاحظ في هذا الصدد أن نصوص الفقه الاسلامي تتناول نوعين من الغلط :

النوع الأول : هو الغلط المانع الذي يمنع انعقاد العقد ، فيكون العقد باطلا . وذلك حين يقع الغلط في جنس الشيء بأن يكون المعقود عليه من جنس غير الذي اعتقده احد العاقدين ، حيث يكون المحل معدوما ، كمن يبيع ماسا فاذا هو زجاج . وحين يتحد الجنس ولكن يتفاحش التفاوت في المنفعة ، بأن يكون التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد فاحشا ، كمن يبيع دارا من آجر فاذا بها من لبن .

والنوع الثاني هو الغلط الذي لا يمنع من انعقاد العقد ، فيكون العقد صحيحا نافذا ولكنه غير لازم ، حيث يكون للعاقد خيار الفسخ ، ان شاء فسخ العقد وان شاء امضاه . وذلك حين يتحد الجنس ولكن تتفاوت المنفعة دون تفاحش في التفاوت ، فيقتصر الأمر على فوات وصف مرغوب فيه ، كمن يبيع ياقوتا احمر فاذا هو اصفر ، أو يقع غلط في ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه اذا كانت هذه أو تلك محل الاعتبار (انظر المراجع التي تقدمت الاشارة اليها) .

وقد جمع التقنين العراقي في نصوصه كما رأينا بين الغلط المانع من انعقاد العقد ، والغلط الذي لا يمنع من وجود العقد ولكن يجعله موقوفا على أجازة العاقد . فجاءت المادة ١١٧ منه في هذا المعنى مطابقة في حكمها لما تنص عليه المادة ٣٠١ من مرشد الحيران والمادتين ٢٠٨ و ٢١٠ من المجلة مع أخذه بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة خيار الفسخ . ولكنه مع ذلك أراد التوفيق ما بين أحكام الفقه الاسلامي وأحكام التقنين المصري الحالي ، فاخذ الى جانب هذه النصوص بالنظرية الحديثة في الغلط التي تقوم على فكرة الغلط الجوهري كما هو واضح من النصوص السالفة الذكر .

أما التقنين المدني الأردني فقد جمع في نصوصه بين الغلط المانع الذي يجعل العقد باطلا والغلط الذي لا يمنع من وقوع العقد صحيحا ولكن يكون للعاقد فيه خيار الفسخ ، دون أن يشير صراحة الى فكرة الغلط الجوهري .

وجدير بالذكر ان التركيز في هذا البيان على التقنين العراقي والتقنين الأردني انما يرجع الى أنهما التقنينان العربيان اللذان اخذا من الشريعة الاسلامية بقدر وفير . أما التقنينات العربية الأخرى ، كالتقنين المدني السوري والتقنين المدني الليبي ، فنصوصها مطابقة للتقنين المصري .

وقد رؤى في النصوص المقترحة في موضوع الغلط ، وهي تطابق في الجملة التقنين الحالي ، استبعاد النص على الغلط المانع ، لأنه ينصب على طبيعة العقد أو على ركن فيه . وهذا النوع من الغلط يعدم الارادة فحقيقته أن توافق الارادتين لم يتم في شأن ركن من أركان العقد ، فيكون ركن التراضي غير موجود ، ومن ثم يقع العقد باطلا .

فنحن في هذا المقام بصدد غلط يعيب الارادة ولا يمس وجودها ، فلا يمنع من وجود العقد صحيحا ، وانما يكون من شأنه فحسب أن يجعل العقد موقوفا على اجازة العاقد .

ولعل في وقوفنا عند فكرة الغلط الجوهري الذي تقوم عليها النظرية الحديثة في الغلط ، وهي الفكرة التي يأخذ بها التقنين الحالي ، ما يكفل الافادة من التقدم العلمي في عصرنا . حيث المعيار ذاتي ، فهو يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يكون هو الدافع الرئيسي الى التعاقد سواء انصب الغلط على صفة جوهرية في الشيء ، أو ذات المتعاقد او صفة فيه اذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار ، أو قيمة الشيء أو الباعث على التعاقد . وتعتبر هذه الشمولية مرحلة تقدمية بالنسبة الى المراحل السابقة التي مرت بها فكرة الغلط . وان كان الفقه الاسلامي لايعرض للغلط في القيمة الا عن طريق الغبن ، ثم هو لا يعتد بالغبن الا اذا صحبه تغرير أو تدليس .

ففكرة الغلط الجوهري بهذا المعنى وهذا الشمول ليست سوى تحديدا دقيقا للمعيار الذي يأخذ به الفقه الاسلامي ، وهو فوات الوصف المرغوب فيه في ضوء ما تدل عليه الارادة الصريحة في العقد أو الملابسات وظروف الحال او طبائع الأشياء او العرف .

(مادة ١٠٧)

يكون العقد موقوف النفاذ لغلط في القانون ، اذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادة السابقة ، ما لم يقض القانون بغير هذا .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « يكون العقد قابلا للابطال لغلط في القانون ، اذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » .

وقد عدلت هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للابطال ، وادخال تعديل لفظي في نهاية النص .

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التي تدعو الى تفضيل فكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الاسلامي على فكرة العقد القابل للابطال التي يأخذ بها التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٥٤ من التقنين الأردني التي تنص على أن « للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط في القانون وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين (١٥١ و ١٥٢) ما لم يقض القانون بغيره » .

(مادة ١٠٨)

لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به الا اذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم ، أو كان من المفروض حتما أن يتبينه .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٢٠ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « اذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب ابطال العقد ، اذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى فى صدرها . كما استبدلت فى نهايتها عبارة « أو كان من المفروض حتما أن يتبينه » بعبارة « او كان من السهل عليه ان يتبينه » ، اذ ليس هناك ما يبرر اختلاف هذه العبارة عن مثيلتها فى خصوص التدليس والاكراه . ويظهر ان سبب اختلاف العبارة أن لجنة مجلس الشيوخ حينما عدلت نص التدليس والاكراه فى مشروع التقنين الحالى سها عليها أن تجرى التعديل ذاته فى النص الخاص بالغلط ، مع أنه لايوجد مايبرر التشدد فى استخلاص العلم فى التدليس والاكراه عنه فى الغلط ، بل العكس هو الأولى .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١١٩ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها ١/١٤٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٠٩)

١ – ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية .

٢ – ويبقى بالاخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه ، اذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٤ من التقنين الحالى ، والمادة ١٥٦ من من التقنين الأردنى .

وتقابل المادة ١٤٩ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٠)

لا يؤثر فى نفاذ العقد مجرد الغلط فى الحساب أو الكتابة ، ولكن يجب تصحيح هذا الغلط .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ، ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

وقد عدلت هذه المادة بما يتفق مع فكرة العقد الموقوف ، وذلك باستبدال كلمة « نفاذ » بعبارة « صحة العقد » . كما عدلت تعديلا لفظيا باستبدال عبارة « أو الكتابة » بعبارة « ولا غلطات القلم » ، كى تستوعب العبارة المقترحة كل صور الغلط المادى . واضيفت كلمة « هذا » قبل كلمة « الغلط » الواردة فى نهاية النص .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٢٠ من التقنين العراقى ، والمادة ١٥٥ من التقنين الأردنى . وتقابل المادة ١٥٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١١)

١ – يكون العقد موقوف النفاذ للتدليس ، سواء أكان قوليا أم فعليا ، اذا كانت الحيل التى لجا اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد .

٢ – ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ، اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التى لجا اليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد .

٢ – ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ، اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » .

وقد أدخلت على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلات ثلاثة : الاول ذكر عبارة « يكون العقد موقوف النفاذ » فى صدر الفقرة أخذا بفكرة العقد الموقوف . والثانى اضافة عبارة « سواء أكان قوليا أم فعليا » بعد لفظ « للتدليس » محاكاة للفقه الاسلامى الذى يقسم التدليس الى تدليس فعلى وتدليس قولى . والثالث ابدال لفظ « الآخر » فى نهاية الفقرة بلفظ « الثانى » .

والمادة المقترحة يقابلها فى التقنين العراقى المادتان ١٢١ و ١٢٣ فالمادة ١٢١ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان فى العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون . فاذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه .

٢ – ويعتبر تغريرا عدم البيان فى عقود الامانة التى يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة فى المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة » .

والمادة ١٢٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير أو اصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشىء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك او حدث فيه عيب أو تغيير جوهرى ويكون العقد نافذا فى جميع هذه الأحوال » .

ويقابل المادة المقترحة فى التقنين الاردنى المواد ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥ و ١٥٠ .

فالمادة ١٤٣ من هذا التقنين تطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، حيث تنص على أن « التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها » .

والمادة ١٤٤ من هذا التقنين تطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، حيث تنص على أنه « يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أوملابسة تغريرا اذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » .

والمادة ١٤٥ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد » .

والمادة ١٥٠ من هذا التقنين تنص على أنه « يسقط الحق فى الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق فى الفسخ وبالتصرف فى المعقود عليه كله أو بعضه تصرفا يتضمن الاجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته » .

ويستعمل الفقه الاسلامى فى هذا الصدد لفظ «التغرير» ، ويستعمل فى بعض المواطن لفظ «التدليس» • ولكنه لا يعتد بالتدليس الا اذااقترن به غبن • وفى هذا المعنى نصت المادة ٣٥٦ من المجلة على أنه «اذا وجد غبن فاحش فى البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع» • ونصت المادة ٣٥٧ على أنه «اذا أغر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن فى البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ» • ونصت المادة ٣٠٠ من مرشد الحيران على أن «الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق فسخه للمغبون الا اذا كان فيه تغرير ••••• » • (انظر كذلك المادة ١٢١ / ١ عراقى والمادة ١٤٥ اردنى السالف ذكرهما) •

ويحيط الفقه الاسلامى احاطة تامة بجميع النواحى التى يثيرها موضوع التدليس •

فهو يتناول التغرير باستعمال طرق احتيالية • ومن امثلة ذلك تصرية الابل والبقر والغنم لينتفخ ضرعها فيتوهم المشترى انها كثيرة اللبن ، وحبس ماء القناة وماء الرحى المرسل كل منهما عند البيع أو الاجارة كى يتوهم المشترى والمستاجر كثرته (انظر : ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٩ ؛ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى ج ٤ص٧٣و٧٤ • عبد الرزاق السنهورى ؛ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٦١ – ١٦٦) •

ويتناول التغرير عن طريق الكذب • من ذلك يعتبر مجرد الكذب خديعة وتغريرا فى عقود الأمانة التى يقال لها بياعات الأمانة • حيث يطمئن المشترى الى امانه البائع فيشترى منه على أساس الثمن الذى اشترى به السلعة • فاذا بيعت السلعة على أن يزاد قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلى سمى البيع مرابحة • واذا بيعت على ان ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمى البيع وضيعه • واذا بيعت بثمنها الأصلى سمى البيع تولية اذا أخذ المشترى كل السلعة ، وسمى اشتراكا اذا أخذ المشترى جزءا منها • ففى هذه العقود اذا كذب البائع فى بيان الثمن الاصلى كان هذا الكذب خيانة وتغريرا (م ٢/١٢١ عراقى • البدائع ج ٥ ص ٢٢٣ • المدونة ج ١٠ ص ٥٩ – ٦٢ • المهذب ج ١ ص ٢٨٨ – ٢٩٠) • ومن أمثلة عقود الأمانة فى العصر الحاضر عقود التامين ، حيث لا يجوز للمؤمن عليه ان يكذب فى بيان يعطيه للشركة او ان يكتم أمرا له تاثير فى التعاقد (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص١٦٦ – ١٧٤) • ومن هذا القبيل ايضا فى الفقه الاسلامى بيع الاسترسال والاستئمان ، حيث يبين العاقد أن لادراية له بسعر السوق فيستأمن المتعامل معه ويسترسل الى نصحه ويطلب اليه أن يبيع منه أو يشترى بما تبيع الناس أو تشترى به ، فاذا كذب عليه المتعامل معه فان هذا الكذب يعتبر غشا وتدليسا يوجب للعاقد المغبون خيار الرد (الحطاب ج ٤ ص ٤٧٠ • عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص ١٧٥ وما بعدها) •

كذلك يتناول الفقه الاسلامى التغرير عن طريق الكتمان • من ذلك انه فى بياعات الأمانة لا يجوز للبائع مرابحة أن يقتصر على ذكر الثمن الأصلى ويكتم بيانا من شانه ان يؤثر فى قيمة المبيع ، كما لو اشترى نسيئة ويبيع نقدا ، حيث يعتبر هذا الكتمان خيانة وتدليسا • ومن هذا القبيل أيضا أن يعمد البائع الى اخفاء عيب فى المبيع بان يكتمه عن المشترى •

ويتناول الفقه الاسلامى أيضا التغرير الصادر من الغير ، ما دام هذا الغير متواطئا مع العاقد الذى يفيد من التدليس • من ذلك الناجش ، وهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يبيعها بالمزاد ليغالى فى السلعه حتى يبلغها أكثر من قيمتها • ومن ذلك أيضا التدليس الصادر من الدلال • وقد نصت المادة ٥٣٢ من مرشد الحيران على أنه «لارد فى غبن فاحش فى البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غرة الدلال •••• » •

ويتضح من هذا العرض أن الفقه الاسلامى فى احاطته بالنواحى المختلفة التى يثيرها موضوع التدليس قد وصل الى مدى يدانى ما وصل اليه فقه القانون الحديث • غير ان هناك اختلافا بين الفقهين فى خصوص معيار التدليس • ففقه القانون الحديث يقف عند معيار أوحد للتدليس ، هو المعيار الذاتى الذى مقتضاه أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد • بينما يقرن الفقه الاسلامى بهذا المعيار الذاتى معيارا موضوعيا ، هو أن يقترن بالتدليس غبن • وصحيح أن الغبن قد يتحقق فى فريق من حالات التدليس • ولكن التدليس قد يوجد وحده دون غبن فيدفع العاقد الى تعاقد لا مصلحة له فيه وما كان ليندم عليه لولا الحيلة التى استعملت معه لدفعه الى التعاقد • ولهذا يعتبر التدليس فى حد ذاته فعلا ضارا يخول الحق فى المطالبة بالتعويض فضلا عن طلب ابطال العقد • ومن ثم فالاقتصار على المعيار الذاتى فى هذا الخصوص من شانه أن يوفر حماية أكبر للمتعاقد المدلس عليه ، ولهذا رؤى الوقوف فى النصوص المقترحة عند المعيار الذاتى وحده ، وهو ما ياخذ به التقنين الحالى •

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المواد ١٥١ و ١٥٢ و ١/١٥٣ من التقنين الكويتى ، وذلك فيما عدا أن هذا التقنين ياخذ بفكرة العقد القابل للابطال •

(مادة ١١٢)

اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد ، ما لم يثبت المتعاقد المدلس عليه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس •

هذه المادة تطابق المادة ١٢٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل هذه الأخيرة بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للابطال ، حيث تنص على أنه «اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب الابطال ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس» •

وتطابق فى حكمها المادة ١٢٢ من التقنين العراقى التى تنص على أنه «اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد» •

وتقابل المادة ١٤٨ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه «اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه» •

وتقابل المادة ٢/١٥٣ من التقنين الكويتى •

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامي كما هو واضح من البيان السالف الذكر .

(مادة ١١٢)

١ - يكون العقد موقوف النفاذ للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال وقت التعاقد تصور للطرف الذي يدعيها أن المكره قادر على ايقاع ما يهدد به وأن خطرا جسيما يهدده في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣ - والتهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم يعتبر اكراها .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٧ فقرة أولى وثانية من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولا - استبدل بعبارة « يجوز ابطال العقد » في صدر الفقرة الأولى عبارة « يكون العقد موقوف النفاذ » . وذلك للاخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التي يأخذ بها التقنين الحالي .

ثانيا - أضيف في الفقرة الثانية ما يفيد تصور الطرف المكره أن من صدر منه الاكراه قادر على تحقيق ما يهدد به .

وهذه الفكرة تعتبر شرطا مستقلا لكي يكون الاكراه معتبرا في الفقه الاسلامي . فهذا الفقه لايقتصر على المعيار الذاتي أو النفسي الذي يقول به الفقه الحديث ويأخذ به التقنين الحالي ، وهو ان يبعث الاكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد حيث يغلب على ظنه وقوع ما هدد به ، بل يقرن هذا المعيار النفسي بمعيار مادي هو ان يكون من صدر منه الاكراه قادرا على ايقاع ما هدد به . وقد نصت المادة ١٠٠٣ من المجلة على المعيار المادي فقالت : « يشترط أن يكون المجبر مقتدرا على ايقاع تهديده ، بناء عليه من لم يكن مقتدرا على ايقاع تهديده واجرائه لا يعتبر اكراهه » . ونصت المادة ١٠٠٤ من المجلة على المعيار النفسي فقالت : « يشترط خوف المكره من وقوع المكره به ، يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره باجراء المجبر المكره به ان لم يفعل المكره عليه » . ونصت المادة ٢٨٩ من مرشد الحيران على هذين المعيارين فقالت : « يشترط لاعتبار الاكراه المعدم للرضا أن يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به ، وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به في الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به ان يفعل الأمر المكره عليه فان كان المجبر غير قادر على ايقاع ما هدد به فلا يكون الاكراه معتبرا » .

(انظر أيضا في هذا المعنى : المبسوط ج ٢٤ ص ٣٩ ، البدائع ج ٧ ص ١٧٦ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢١٧ - ٢١٩) .

وقد سار التقنين العراقي والتقنين الأردني على هذا النهج ، فنصت المادة ١١٣ من التقنين العراقي على أنه « يجب لاعتبار الاكراه أن يكون المكره قادرا على ايقاع تهديده ، وان يخاف المكره وقوع ماصار تهديده به بان يغلب على ظنه وقوع المكره به ان لم يفعل الامر المكره عليه » . ونصت المادة ١٤٠ من التقنين الأردني على أنه « يشترط أن يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به وأن يغلب على ظن المكره وقوع الاكراه عاجلا ان لم يفعل ما أكره عليه » .

ولكن رؤى في النص المقترح أن يكون المعيار المادي مستمدا من تصور المكره قدرة من صدر منه الاكراه على تحقيق ما هدد به . فقد يكون هذا الأخير غير قادر على تحقيق وعيده ، ومع ذلك يتحقق الاكراه ما دام يتوفر لدى المكره هذا التصور الذي تدعمه ظروف الحال .

ثالثا - أضيف في الفقرة الثانية ما يفيد توافر الرهبة وقت التعاقد ، مع حذف وصف الخطر الجسيم بأنه محدق .

ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ من التقنين الحالي السالف ذكرها تشترط في الخطر الجسيم الذي يتصوره المكره ان يكون محدقا ، وكان نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يشترط في هذا الخطر أن يكون حالا . وعبرت المذكرة الايضاحية لذلك التقنين عن هذا الشرط بقولها أن الخطر يجب ان يكون وشيك الحلول (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ١٨٠) .

ولكن الرأي في الفقه المعاصر ، وهو أيضا رأي الفقه الاسلامي (أنظر المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠ ، كاشف الغطاء ج ٣ ص ١٧٧ - ١٧٨ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج٢ ص٢٠٧ و ٢٠٨ . وقارن المادة ١٠٠٥ من المجلة والمادة ٢٩٠ من مرشد الحيران) ، أن الذي يعتد به ليس كون الخطر حالا أو مستقبلا وانما تأثر الارادة أو عدم تأثرها بالتهديد الموجه الى المكره . فالخوف من الخطر هو الذي يجب ان يكون حالا ، فقد يكون الخطر مستقبلا ومع ذلك يولد رهبة في الحال تدفع الى التعاقد ، حيث يتوقف الأمر قبل كل شيء على حالة المتعاقد النفسية . ومن ثم يكون المعول عليه هو أن تكون الرهبة حالة في نفس المكره وقت التعاقد ، ويستوي بعد ذلك أن يكون الخطر حالا أو غير حال . وهذا هو المعنى الذي روعي في صياغة النص المقترح .

رابعا - أضيفت فقرة ثالثة تفيد توفر الاكراه عند التهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم بدلا من اطلاق لفظ الغير الذي جاء في التقنين الحالي . وذلك أخذا بما يقول به الفقه الاسلامي في تحديد أشخاص هذا الغير ، حيث يعتبر اكراها كل خطر جسيم يهدد الأب أو الابن أو الزوج أو ذا الرحم المحرم (المبسوط ج ٢٤ ص ١٤٣ - ١٤٤ ، م ٢٨٧ من مرشد الحيران) .

وعلى هذا النهج سار التقنين العراقي والتقنين الأردني . فنصت المادة ١١٢ فقرة ٣ من التقنين العراقي على أن « التهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراها ويكون ملجئا أو غير ملجيء بحسب الاحوال » . ونصت المادة ١٣٧ من التقنين الأردني على أن « التهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراها ، ويكون ملجئا أو غير ملجيء بحسب الأحوال » .

والرأى فى الفقه المعاصر انه فى التقنينات التى تحدد أشخاص الغير فى هذا الصدد ، كالتقنين الفرنسى (م ١١١٣ مدنى) والتقنين اللبنانى (م ٢١٠/١ موجبات وعقود) والتقنين العراقى (م ٣/١١٢ مدنى) والتقنين الأردنى (م ١٢٧ مدنى) ، لا يعتبر هؤلاء الأشخاص مذكورين على سبيل الحصر ، غاية الامر ان الخطر اذا كان يهدد واحدا من هؤلاء قامت قرينة على أن الاكراه متحقق ، واذا هدد غير هؤلاء وجب اثبات أن الخطر الذى يهدده أثر فى نفس المتعاقد الى حد الاكراه .

هذا ، وقد ظفر الاكراه فى الفقه الاسلامى بعناية لم يظفر بها أى عيب آخر من عيوب الارادة . حتى ان المذهبين الحنفى والشافعى جعلا الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الارادة الأخرى . فالغلط والتدليس يجعلان العقد غير لازم ، فيكون للعاقد الخيار فى امضاء العقد او فسخه . اما فى الاكراه فالمذهب الحنفى يتردد بين فساد العقد وتوقفه ، وكلاهما أشد من عدم اللزوم . والمذهب الشافعى يجعل جزاء الاكراه البطلان . اما المذهب المالكى فيجعل تصرف المكره غير لازم .

والاكراه فى الفقه الاسلامى هو حمل الغير على ما لايرضاه . ذلك ان الارادة فى الفقه الاسلامى تتكون من عنصرين ، هما الاختيار والرضاء . والاكراه على نوعين : اكراه ملجىء وهو الاكراه الذى يهدد بفوات النفس أو العضو ، واكراه غير ملجىء وهو الاكراه بما دون ذلك كالحبس أو القيد أو الضرب . وكل منهما يعدم الرضاء . ويفرق بينهما أن الاكراه الملجىء يفسد الاختيار ، فيؤثر فى التصرفات القولية والتصرفات الفعلية ، أى فى التصرفات القانونية والوقائع المادية ، فيفسد الأولى ويصلح عذرا يعفى من المسئولية عن الثانية . اما الاكراه غير الملجىء فلا يفسد الاختيار ، ومن ثم يؤثر فى التصرفات القولية دون التصرفات الفعلية . فسواء كان الاكراه ملجئا أو غير ملجىء فانه يكون معتبرا فى التصرفات القانونية باعتباره عيبا من عيوب الارادة .

وقد وردت هذه التفرقة بين نوعى الاكراه فى المادة ١٠٠٧ من المجلة والمادة ٢٨٦ من مرشد الحيران .

كما وردت هذه التفرقة فى المادة ٢/١١٢ من التقنين العراقى والمادتين ١٣٦ ، ١٣٨ من التقنين الاردنى .

ومع ذلك فان حكم الاكراه فى التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما اذا كان ملجئا ام غير ملجىء . ولهذا نصت المادة ١١٥ من التقنين العراقى على أن « من اكره اكراها معتبرا باحد نوعى الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده » . ونصت المادة ١٤١ من التقنين الأردنى على أن « من أكره بأحد نوعى الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو اجازه المكره أو ورثته بعد زوال الاكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا » .

لهذا رؤى عدم ذكر هذه التفرقة بين نوعى الاكراه فى النص المقترح ما دام ان حكم النوعين واحد فى التصرفات القانونية .

(انظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٩٨ – ٢٣٥ . وانظر المواد ٩٤٨ و ٩٤٩ و ١٠٠٣ – ١٠٠٦ من المجلة والمواد ٢٨٥ – ٢٩٩ من مرشد الحيران) .

والنص المقترح يقابل المادة ١١٣ من التقنين العراقى ، والمادة ١٤٠ من التقنين الأردنى . وقد تقدم ذكر هذين النصين .

ويقابل المادة ١٥٦ / ١ و ٢ من التقنين الكويتى .

(مادة ١١٤)

يراعى فى تقدير الاكراه اختلاف الاشخاص بحسب الجنس والسن ودرجة التأثر ومستوى الثقافة والحالة الاجتماعية والصحية وغير ذلك من الظروف التى يكون من شأنها ان تؤثر فى جسامة الاكراه .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣/١٢٧ من التقنين الحالى التى تجرى على النحو التالى : « يراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه ان يؤثر فى جسامة الاكراه » .

وتطابق فى حكمها المادة ١١٤ من التقنين العراقى ، والمادة ١٣٩ من لتقنين الأردنى ، والمادة ٣/١٥٦ من التقنين الكويتى ، والمادة ٢٨٨ من مرشد الحيراو (انظر : المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠ و٦٨ و ص ١٥١ – ١٥٤ . وانظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٢٠٣ وما بعدها) .

(مادة ١١٥)

اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فلا يتوقف العقد ، مالم يثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الاكراه .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه » .

وقد عدلت مادة التقنين الحالى بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للابطال ، كما ادخل عليها تعديل لفظى على النحو الوارد فى النص المقترح .

والفقه الاسلامى يعتد بالاكراه الواقع من غير المتعاقدين (انظر الخانية ج٣ ص٤٨٥ و ٤٨٦) ، ولكن يبدو أنه لايشترط أن يكون المتعاقد المستفيد من الاكراه متواطئا مع الغير الذى وقع منه الاكراه . أو عالما بما وقع من الاكراه أو مستطيعا أن يعلمه (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص ٢٢١ومابعدها).

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١٥٧ / ٢ من التقنين الكويتى .

وقد كانت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تنص على أنه « اذا ابرم شخص عقدا للخلاص من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أقاربه ، فلا يعتبر هذا العقد قابلا للبطلان بسبب الاكراه ، اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد » .

وهذا النص يواجه الاكراه فى حالة الضرورة . ويراد به أن ظروفا تتهيأ مصادفة فيستغلها المتعاقد للضغط على ارادة الطرف الآخر وحمله على التعاقد . مثل ذلك أن تشرف سفينة على الغرق فتتقدم اخرى لانقاذها ، ويشترط قائد هذه الأخيرة قبل الانقاذ التعهد بمبلغ كبير فى مقابل عملية الانقاذ . أو يتقدم شخص لانقاذ آخر من غرق أو حريق أو قتل فيطلب منه التعهد بمبلغ باهظ مقابل ذلك . أو يطلب طبيب متخصص فى نوع خطير من العمليات الجراحية أجرا فاحشا من مريض يخشى على نفسه الهلاك اذا لم تجر له هذه العملية.

ويفرق النص بين ما اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد استغلال الظروف التى تهيات مصادفة للضغط على ارادة المتعاقد المكره ، وما اذا كان سيء النية واراد استغلال هذه الظروف . فلايجوز ابطال العقد فى الحالة الاولى ، ويجوز هذا الابطال فى الحالة الثانية .

ويتفق الراى فى الفقه مع التفرقة التى يقول بها النص . فهو يرى ان الاكراه يتحقق فى حالة الضرورة اذا كان الطرف الاخر سيء النية واستغل الظروف التى تهيات مصادفة للضغط على ارادة المتعاقد بغية الحصول على مغنم فاحش .

كما ان مذهب مالك فى الفقه الاسلامى يعتد بالاكراه فى هذه الحالة (الحطاب ج ٤ ص ٢٤٨ ـ ٢٥٠ ـ المواق ج ٤ ص ٢٤٩ • عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ٢٢١) .

ولكن مع ذلك رئى عدم ايراد مثل هذا النص لان حالة الضرورة تدخل فى نطاق الاستغلال على اعتبار أنها تنطوى على استغلال حاجة المتعاقد ، اذ أن معنى الحاجة لا يقتصر على الحاجة المادية ، بل يشمل كذلك صورها الأخرى •

(مادة ١١٦)

١ ـ يكون العقد موقوف النفاذ اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل ، بدرجة غير مالوفة ، مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الاخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه ، او تبين بوجه عام ان رضاه لم يصدر عن اختيار كاف • ويجوز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد او ان ينقص التزامات هذا المتعاقد •

٢ ـ ويسرى هذا الحكم اذا كان التصرف تبرعا ، وكانت التزامات الطرف المغبون لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته او مع ما يؤلف التبرع به فى مثل ظروفه •

٣ ـ ويجوز فى جميع الاحوال ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض مايراه القاضى كافيا لرفع الغبن •

هذه المادة تقابل المادة ١٢٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او ان ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ ـ ويجب ان ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبوله .

٣ ـ ويجوز فى عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال ، اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » .

وقد كانت هذه المادة فى مشروع هذا التقنين بعد ان عدلت فى لجنة المراجعة تجرى على النحو الآتى :

« ١ ـ اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البته مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه او حاجته او عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، او تبين بوجه عام ان رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد • ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا •

٢ ـ ويجوز فى عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » •

ثم عدلت هذه المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الى ماهى عليه الآن . حيث رات اللجنة عدم التوسع الى الحد الذى ورد فى المشروع على غرار نظيره فى أكثر التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين الألمانى والسويسرى والبولونى واللبنانى والمشروع الفرنسى الايطالى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٨٩ ـ ٢٠٣) •

والواقع أن نص التقنين الحالى منتقد من ناحتين : الأولى أنه يقصر عن مواجهة حالات استطاع القضاء فيها ان يكفل الحماية للطرف المغبون اذا أبرم التصرف وهو مسلوب الارادة ، دون أن يكون ذلك راجعا الى طيش أو هوى ، وهى الحالات التى لجأ فيها القضاء الى نظرية الاستهواء والتسلط على الارادة • مثل ذلك ان قضى بابطال عقد بيع لفساد رضاء البائع بسبب كونه متقدما فى السن ومصابا بأمراض مستعصية من شانها أن تضعف ارادته فيصير سهل الانقياد خصوصا لاولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم (نقض مدنى فى ٢ يناير ١٩٤١ ، مجموعة القواعد القانونية ج٣ص٢٢٦ رقم ١٨٩ • انظر كذلك نقض مدنى فى ٢٩ ابريل ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ١٥٢ رقم ٥٥) • كما قضى بعدم التزام ورثة المتوفى بما تعهد به فى سند صدر منه وهو فى حالة مرضية تهدد حياته بالخطر مما جعله يفكر فى الانتحار فضلا عن كونه فى حالة عقلية تجعله مسلوب الارادة (استئناف مصر فى ٣١ مايو ١٩٣٣ ، المحاماه ١٤ ـ ١٦٧ ـ ٨٦) •

والناحية الثانية انه لا يتفق مع النزعة السائدة فى العصر الحاضر، وهى تأبى استغلال احد المتعاقدين لحالة الضعف التى يوجد فيها المتعاقد الآخر ، أيا كان سببها • فهناك نواح عديدة للضعف يمكن أن تكون محل استغلال ، ولاوجه لان نحرم الاستغلال فى ناحية ونتركه فى ناحية اخرى ، فهذا مسلك لا نجده فى أى من التشريعات الحديثة التى أخذت بنظرية الاستغلال ، كما أنه يضيق من نطاق الحكم الى حد يقعد به عن أن يحقق الغاية التى ترجى منه على الوجه الاكمل .

ويلاحظ فى النص المقترح ما يأتى :

أولا ـ انه توسع فى حالات الضعف التى يمكن ان تكون محل استغلال ، على غرار ماجاء فى التشريعات الأجنبية الحديثة ، حتى يحقق الغاية التى ترجى منه على الوجه الأكمل .

ثانيا ـ أنه ، وان جعل العقد موقوفا ، الا أنه أبقى على الجزاء الذى ينص عليه التقنين الحالى ،وهو ابطال العقد اوانقاص التزامات المتعاقد المغبون .

ثالثا ـ انه افرد فقرة للتبرعات . واقتضى هذا ان يتحدد المعيار الذى يهتدى به القاضى فى تقدير مدى الغبن • ذلك أنه فى المعاوضات يتمثل العنصر المادى فى الاستغلال فى اختلال التعادل بين الاداءات المتقابلة . اما فى التبرعات فلا محل للقول أن هناك اختلالا فى التعادل، اذ لاتعادل اصلا ، فهو معدوم لان العاقد لا يأخذ مقابلا لما يعطى . ولذلك فان تقدير العنصر المادى فيها ينظر فيه الى مقدار التبرع بالنسبة الى ثروة المتصرف وكذلك بالنسبة الى ما يؤلف التبرع به فى مثل الظروف التى وجد فيها المتصرف .

رابعا ـ انه عمم الحكم فى حالة ما اذا اراد الطرف الآخر أن يتوقى الابطال فيعرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن • فلم يجعله قاصرا على عقود المعاوضة كما هو الحكم فى نص التقنين الحالى ، بل جعله شاملا ايضا للتبرعات .

خامسا ـ انه قد اغفلت فيه الفقرة الثانية من النص الحالى التى توجب ان ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد ، اذ لاوجه للتفريق فيما يتعلق بحكم تقادم الدعوى بين الاستغلال وغيره من عيوب الارادة .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ١٢٥ من التقنين العراقى التى تنص على ماياتى : « اذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش ، جاز له فى خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول فاذا كان التصرف الذى صدر منه تبرعا جاز له فى هذه المدة أن ينقضه » .

وتقابلها المواد ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦١ من التقنين الكويتى .

ويلاحظ ان الفقه الاسلامى لا يعتد بالغبن الفاحش بدون تغرير الا فى مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة (م ٣٥٦ من المجلة و م ٣٠٠ مرشد الحيران و م ٢/١٢٤ مدنى عراقى و م ١٤٩ مدنى أردنى) • وفى غير هذه الحالات لا يعتد هذا الفقه بالغبن الفاحش الا اذا اقترن به تغرير (م ٣٥٧ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران و م ١/١٢١ مدنى عراقى و م ١٤٥ مدنى أردنى) • والتغرير ، أى التدليس ، يدنو فى جوهره من الاستغلال • حيث يلجأ المدلس الى حيلة تعمى المتعاقد على الحقيقة فيضل ويتعاقد على غير هدى ، لما لطيشه أو هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه . اذ أن عيوب الارادة تجمع بينها فكرة مشتركة بحيث يصعب فصل واحد منها عن غيره من العيوب فصلا تاما . فما تتأثر به الارادة فى الاستغلال لا يختلف فى جوهره عما تتأثر به فى العيوب الاخرى .
بل انه يمكن القول ان الغلط فى القيمة على النحو الذى يعرضه الفقه الاسلامى انما ينطوى على استغلال العاقد المغبون فى عدم خبرته • ففى المذهب الحنفى يقول الحموى فى غمز عيون البصائر (ج ٢ ص ١٩٥) : « خيار الغبن يثبت فى صورة الوكيل والوصى ، وفى صورة تغرير البائع المشترى ، بأن كان المشترى غبيا لا يعرف ، فقال البائع اشتر بهذا الثمن فانه يساويه فاشتراه مغترا بقوله فله خيار الغبن » .

وفى المذهب الحنفى أيضا قد يستغل العاقد المغبون فى حاجته الملحة اذا كان مضطرا الى التعاقد • وهذا هو بيع المضطر وشراؤه (ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦) : « بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو ان يضطر الرجل الى طعام او شراب او لباس أو غيرها ، ولا يبيعها البائع الا باكثر من ثمنها بكثير ... » .
(عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، ج ٢ ص ١٥١ و ١٥٢) .

(مادة ١١٧)

يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٠ من التقنين الحالى .

(٢) المحل

(مادة ١١٨)

١ ـ يجب أن يكون محل العقد جائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا.
٢ ـ ولا يجوز التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة ، ولوكان ذلك برضاه ، الا فى الأحوال التى نص عليها القانون .

اختلف الفقهاء فى تحديد ماهية المحل • فمنهم من يعتبره ركنا فى الالتزام • ومنهم من يعتبره من عناصر الارادة • وهذا الرأى الأخير رغم صحته لايفصل فى الخلاف ، لان المحل أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الارادة ، اذ الارادة المعتبرة قانونا هى التى تتجه الى التعاقد وهى على بينة من المحل • والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر ، فكل من المحلين يتميز عن الاخر • ويظهر هذا التميز فيما نصت عليه المادة ١٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى اذ تقول : « الموضوع الحقيقى لكل عقد هو انشاء الموجبات ، على أن هذا الغرض لا ينال الا اذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات » • حيث يتضح من هذا النص أن الشارع اللبنانى يفرق بحق بين محل الالتزام ومحل العقد .

فمحل الالتزام هو الأداء الذى يجب على المدين ان يقوم به لصالح الدائن • وهو اما اعطاء شىء أو عمل غير الاعطاء أو امتناع عن عمل •

اما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد • واذ كان أثر العقد هو انشاء التزامات ، فان هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لاحكام غير التى يخضع لها الآخر •

وآية ذلك ان محل الالتزام قد يكون صحيحا فى ذاته ولكن العقد يقع باطلا ، لأن العملية القانونية المقصودة منه يحرمها القانون كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلة لشخص على قيد الحياة وكما فى تحريم التعامل فى الحق المتنازع فيه بالنسبة الى القضاء وأعضاء النيابة اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها •

ولا يتطلب القانون فى محل العقد الا شرطا واحدا ، هو أن يكون مشروعا اى لا يخالف النظام العام والآداب •

والفقرة الاولى من المادة المقترحة نص مستحدث .

اما الفقرة الثانية فتطابق المادة ٢/١٣١ من التقنين الحالى والمادة ٢/١٢٩ من التقنين العراقى والمادة ٢/١٦٠ من التقنين الأردنى والمادة ١٦٩ من التقنين الكويتى .

وسند حكمها فى الفقه الاسلامى أن النهى عن بيع المعدوم فى هذا الفقه انما هو للغرر لا للعدم • ومن ثم يكون التعامل فى التركة المستقبلة باطلا لما يقع فيه من الغبن والضرر (انظر ابن القيم فى اعلام الموقعين ج أول ص ٣٥٧ ـ ٣٦١ • عبد الرازق السنهورى •

(مادة ١١٩)

١ ـ يجب ان يكون محل الالتزام الذى ينشأ من العقد ممكنا ، ومعينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشه او قابلا لهذا التعيين ، وجائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

٢ ـ ويجوز ان يكون المعقود عليه شيئا مستقبلا اذا عين تعيينا نافيا للجهالة والغرر :

يقابل هذا النص فى فقرته الأولى المادة ١٨١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تقول : « يجب أن يكون محل الالتزام الذى ينشأ عن العقد أمرا ممكنا ، ومعينا أو قابلا للتعيين ، وجائزا شرعا والا كان العقد باطلا . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمواد التالية (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠٧ فى الهامش) .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل يتفق مع ما يتطلبه الفقه الاسلامى من وجوب أن يكون المحل معينا تعيينا واضحا لا يتطرق اليه أى شك ، وذلك خوفا على الصفقة من الغرر . فهويتشدد فىالتطبيق فيتطلب قدرا من التعيين أكبر مما يتطلبه التقنين الحالى ، حيثيجب أن يكون محل الالتزام معينا تعينا نافيا للجهالة الفاحشه ، أو يكون قابلا للتعيين على هذا النحو (أنظر الحطاب ج٤ ص٢٨٥ و ٢٨٦ و ٢٨٩ ـ البدائع ج٥ ص١٥٦ ـ ١٦١ ـ الزيلعى ج ٤ ص ٥ و ٦ ـ المهذب ج ١ ص ٩٦٦ ـ عبد الرزاق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٣ ص٦٩ ـ ٨٢ ـ م ١٩٧ ـ ٢٠٤ ، من المجلة وم ٣٠٢ و ٣٠٣ من مرشد الحيران) .

والفقرة الأولى من النص المقترح تطابقها فى الحكم المادة ١٢٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يلزم ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه أو الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد أو ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفى به الجهالة الفاحشة . ولايكتفىبذكر الجنس عن القدر والوصف .

٢ ـ على انه يكفى ان يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر .

٣ ـ فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل » .

وتطابقها فى الحكم المادة ١٦١ من التقنين الأردنى ، وهى تطابق المادة ١٢٨ من التقنين العراقى .

وتطابقها فى الحكم المواد ١٦٧ و ١٧١ / ١ و ١٧٢ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية من النص المقترح روعى فى حكمها ما يخشاه الفقه الاسلامى من غرر فى الصفقة . فالنهى عن بيع المعدوم فى هذا الفقه انما هو للغرر لا للعدم كما سبق القول . فاذا كان التعامل فى الشىء المستقبل احتماليا جزافا ، فانه يكون باطلا لما فيه من الغبن والغرر . أما اذا كان التعامل غير جزاف ، بحيث لايدفع المشترى من الثمن الا بمقدار ما ياخذ من المبيع يكون هناك غبن ولا غرر ، ومن ثم يصح التعامل ويتحقق ذلك اذا عين الشىء تعيينا نافيا للجهالة والغرر . وقد نصت المادة ١٢٩ / ١ من التقنين العراقى فى هذا المعنى على انه « يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول فى المستقبل وعين تعيينا نافياللجهالة والغرر» . كما نصت المادة ١٦٠ / ١ من التقنين الاردنى على انه « يجوز ان يكون محلا للمعارضات المالية الشىء المستقبل اذا انتفى الغرر » . وجاءت الفقرة الثانية من النص المقترح مطابقة لهذين النصين (أنظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٣ ص ٥٧ و ٥٨) .

وهذه الفقرة تقابلها المادة ١٦٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٢٠)

اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٢ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٢٧ من التقنين العراقى ، والمادة ١٥٩ من التقنين الأردنى ، والمادة ١٦٧ من التقنين الكويتى .

(أنظر البدائع ج٥ ص١٤٧ و ١٤٨ و ١٦٨ ـ المبسوط ج١٢ ص١٩٤ ـ م ١٩٨ من المجلة وم ٣٦٧ من مرشد الحيران) .

(مادة ١٢١)

١ ـ اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب ان يكون معينا بنوعه ومقداره ، والا كان العقد باطلا .

٢ ـ ويكفى ان يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف او من اى ظرف آخر ، التزم المدين بان يسلم شيئا من صنف متوسط .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٣ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٧١ / ٢ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٢٢)

اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ،التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الوفاء اى اثر .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٤ من التقنين الحالى مع استبدال عبارة « دفع مبلغ من النقود » بكلمة « نقودا » ، لأن محل الالتزام عمل ، وهو دفع مبلغ من النقود ، وليس النقود فى ذاتها .

وتطابق فى حكمها المادة ١٦٢ من التقنين الأردنى ، والمادة ١٧٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ١٢٣)

يجوز ان يقترن العقد بشرط اذا كان هذا الشرط لا يخالف النظام العام والآداب ، والا الغى الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد .

هذا النص مستحدث . وهو يطابق فى حكمه المادة ١٣١ من التقنين العراقى التى تقول :

« ١ ـ يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة .

٢ ـ كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا » .

ويطابق فى حكمه ايضا المادة ١٦٤ من التقنين الأردنى ، وهى تطابق المادة ١٣١ من التقنين العراقى .

ويطابق فى حكمة المادة ١٧٥ من التقنين الكويتى .

والفقه الاسلامى زاخر بالبحث فى مدى صحة الشروط التى تقترن بالعقد . فهناك الشرط الذى يقتضيه العقد ، والشرط الذى يلائم العقد ، والشرط الذى يجرى به العرف والعادة . وهناك الشرط الذى فيه نفع لاحد العاقدين او للغير . والمذاهب الاسلامية تختلف فيما بينها فى مدى صحة هذه الشروط . ويرجع هذا الاهتمام الى الحرص على مبدأ وحدة الصفقة من ناحية ، والى الخشية من شبهة الربا من ناحية أخرى اذا كان الشرط ينطوى على منفعة لا يقابلها عوض . ومع ذلك فقد تطور الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص فى مذاهبه المختلفة ولا سيما فى المذهبين المالكى والحنبلى . حتى كاد المذهب الحنبلى يبيح الشروط المقترحة بالعقد بصورة عامة ، ما لم تكن مخالفة للنظام العام او الآداب . وقد ظهر ذلك فيما نصت عليه المادة ١٣١ من التقنين العراقى والمادة ١٦٤ من التقنين الاردنى السالفتى الذكر .

(انظر فى المذهب الحنفى البدائع ج ٥ ص ١٦٩ ـ ١٧٣ . وفى المذهب الشافعى المهذب ج ١ ص ٢٦٨ . وفى المذهب المالكى الحطاب ج ٤ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٥ . وفى المذهب الحنبلى المغنى ج ٤ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦ . وانظر عرضا وافيا لكل هذه المذاهب فى : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٣ ص ١١٢ ـ ١٩٥) .

٣ ـ السبب

(مادة ١٣٤)

١ ـ يجب أن يكون الباعث الدافع الى التعاقد جائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

٢ ـ على أنه لا يجوز للمتعاقد الذى قام لديه الباعث غير المشروع أن يتمسك ببطلان العقد ، الا اذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث .

اختلف الفقهاء فى تحديد ماهية السبب . فمنهم من يعتبره ركنا فى الالتزام ، ومنهم من يعتبره ركنا فى العقد ، ومنهم من يعتبره من عناصر الارادة . وهذا الرأى الأخير رغم صحته لا يفصل فى الخلاف لأن السبب أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الارادة ، اذ الارادة المعتبرة قانونا تتجه الى التعاقد يحدوها غرض تهدف اليه أو باعث تتحرك بدافع منه . والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام سببا وللعقد سبب آخر ، فكل من السببين يتميز عن الآخر .

ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادة ١٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى اذ تقول : « يميز بين سبب الموجب وسبب العقد » . كما نصت المادة ٢٠٠ من هذا التقنين على « أن سبب العقد يكون فى الدافع الشخصى الذى حمل الفريق العاقد على انشاء العقد وهو لا يعد جزءا غير منفصل فى العقد بل يختلف فى كل نوع من العقود وان تكن من فئة واحدة » . ونصت المادة ٢٠١ من هذا التقنين على أنه « اذا كان سبب العقد غير مباح كان العقد باطلا أصلا » .

كما يظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من التقنين الأردنى : فالمادة ١٦٥ من هذا التقنين تتحدث عن سبب الالتزام فتقول : « ١ ـ السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

٢ ـ ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب » . والمادة ١٦٦ من هذا التقنين تتحدث عن سبب العقد فتقول :

« ١ ـ لايصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقدية .

٢ ـ ويفترض فى العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك » . (م ٣٠٥ من مرشد الحيران) .

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المجرد الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه . فهو عنصر موضوعى ، وداخل فى العقد ، ولا يتغير فى النوع الواحد من العقود . وهذا هو المعنى المقصود من اعتباره الغرض المجرد للملتزم . فمثلا فى عقود البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو دائما رغبته فى الحصول على الثمن ، ويكون سبب التزام المشترى بدفع الثمن هو دائما رغبته فى الحصول على المبيع .

أما سبب العقد فهو الباعث الدافع الى التعاقد ، أى الباعث الرئيسى الذى جعل المتعاقد يقدم على ابرام التصرف . وهذا الباعث يختلف بطبيعة الحال من شخص الى آخر فيتغير فى النوع الواحد من العقود . فهذا يبيع لأنه فى حاجة الى مال ينفقه فى أغراض معيشته ، وذاك يبيع لأنه يريد أن يشترى بالثمن شيئا آخر . وفى هذا يختلف سبب العقد عن سبب الالتزام .

ولا يتطلب القانون فى سبب العقد فيما يتعلق بذاتيته سوى شرط المشروعية ، أى عدم مخالفته للنظام العام والآداب ، اذ لابد لكل ارادة من باعث يحركها والا كانت ارادة غير واعية تصدر من شخص عديم التمييز .

على أنه اذا كان المتعاقد الذى يتمسك ببطلان العقد هو الطرف الذى قام لديه الباعث غير المشروع ، وجب أن يتوافر شرط آخر لامكان بطلان التصرف . وهو لا يتعلق بذاتية السبب ، وانما يتعلق باستقرار التعامل ، حيث يجب أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث غير المشروع . اذ لا يكون من العدل أن يفاجأ الطرف حسن النية ببطلان التصرف فى حين أنه لا يعلم عن ذلك الباعث شيئا . وهذا يتفق مع ما يشترطه القانون فى الغلط لابطال العقد من أن الطرف الذى لم يقع فى الغلط يجب أن يكون على علم به أو أن يكون من المفروض حتما أن يعلم به . كما أنه الحل الذى يأخذ به القضاء .

أما اذا كان الطرف الذى يتمسك بالبطلان حسن النية وقت قيام العقد ، ولكنه علم بعد ذلك بالباعث غير المشروع ، فانه يجاب الى طلب البطلان ، اذ أن هذا لا يمس استقرار التعامل ، كما أنه ليس من المقبول ان يكافأ الطرف الآثم على نجاحه فى اخفاء الباعث غير المشروع .

ويلاحظ أن التقنين اللبنانى والتقنين الأردنى يميزان فى نصوصهما بين سبب الالتزام وسبب العقد على النحو الذى تقدم ذكره ، كما أن فريقا من الفقه المصرى والفقه الفرنسى يقول بهذا التمييز ، وهو واضح كذلك فى أحكام القضاء ، حيث جاءت أغلب التطبيقات القضائية فى خصوص الباعث غير المشروع .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١١٦ من التقنين الأردنى التى تقول :

« ١ - لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .

٢ - ويفترض فى العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك » .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من التقنين الكويتى التى تقول : « ويعتد فى السبب بالباعث المستحث الذى يدفع المتعاقد الى التعاقد اذا كان المتعاقد الآخر يعلمه ، او كان ينبغى عليه أن يعلمه » .

والباعث الدافع الى التعاقد له مكان ملحوظ فى الفقه الاسلامى . فهو الذى تقاس به النوايا على أساس من الاعتبارات الأدبية والخلقية والدينية . ولذلك فان المذهبين الحنبلى والمالكى يعتدان به سواء ذكر فى العقد أو لم يذكر ، مادام يكون معلوما من الطرف الآخر . فاذا كان الباعث مشروعا فالعقد صحيح ، واذا كان غير مشروع فالعقد باطل (اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٩٦ - ٩٨ . المغنى ج ٤ ص٢٨٣ - ٢٨٥ . الحطاب ج ٤ص ٢٦٧) . بل أنه يعتد بالباعث ولو لم يعلم به الطرف الآخر اذا كانت الظروف بحيث ينبغى أن يعلم به (القواعد لابن رجب ص ٣٢١ و ٣٢٢) .

(انظر فى هذا : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٥٣ - ٨٦) .

كذلك يعتد الفقه الاسلامى الى جانب الباعث الدافع الى التعاقد باعتباره سببا للعقد ، بسبب الالتزام (البدائع جزء ٥ ص ٢٨٥) . وسنعود الى هذه النقطة عند الكلام فى المادة التالية .

(مادة ١٢٥)

يجب أن يكون سبب الالتزام موجودا ، وجائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » .

وتطابق فى حكمها المادة ١/١٣٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب ، او لسبب ممنوع قانونا او مخالفا للنظام العام أو الآداب » .

وتطابق فى حكمها المادة ١٦٥ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

٢ . ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام أو الآداب » .

ويلاحظ هنا أنه طبقا لنص التقنين الحالى ونص التقنين العراقى وكذلك النص المقترح ، فانه يشترط فى سبب الالتزام شرطان هما الوجود والمشروعية . وبينما يزيد التقنين الأردنى على هذين الشرطين شرطا ثالثا ، هو أن يكون السبب صحيحا . والحقيقة ان هذا الشرط الثالث يندرج تحت الشرطين الآخرين . فالسبب يكون غير صحيح فى حالتين : الأولى هى حالة الغلط فى السبب ، وفيها يتوهم العاقد سببا لا وجود له ، وبذلك تدخل هذه الحالة تحت شرط الوجود . والثانية هى حالة السبب الصورى . فاذا كانت الصورية مطلقة كان السبب غير موجود ، وبذلك تدخل هذه الحالة أيضا تحت شرط الوجود . واذا كانت الصورية نسبية بطل الالتزام اذا كان السبب المستتر غير مشروع ، وصح الالتزام اذا كان هذا السبب مشروعا ، ومن ثم يدخل هذه الحالة تحت شرط المشروعية .

ومن هنا يتضح ان عدم صحة السبب يرجع اما الى عدم وجوده ، او الى عدم مشروعيته . فيكون شرطا الوجود والمشروعية هما فى الحقيقة الشرطان الوحيدان المطلوبان فى سبب الالتزام . ولهذا أغفل التقنين الحالى والتقنين العراقى وكذلك النص المقترح شرط الصحة فى السبب .

والفقه الاسلامى ، الى جانب اهتمامه الكبير بالباعث الدافع الى التعاقد كما رأينا ، فانه يعتد بسبب الالتزام . من ذلك ما جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٨٥) : «كل المبيع يعتبر مقابلا بكل الثمن ، وكل الثمن مقابل بكل المبيع . فالزيادة لوصحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله ، فكانت فضل مال خال عن العوض فى عقد المعاوضة ، وهذا تفسير الربا» . وكذلك يبطل العقد اذا كان هناك غلط فى السبب (صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ص ٩٨ و ٩٩) . ومن ذلك أيضا ما جاء فى الفروق (ج ٣ ص ٢٣٨): والمقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير اليه ، فاذا كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل مقصوده فيبطل عقد المعاوضة عليه (صبحى محمصانى) ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ص ٩٢) (أنظر فى هذا : عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٥٥ فى الهامش) .

(مادة ١٢٦)

يكون العقد صحيحا اذا توافرت اركانه اصلا ووصفا ، وهى الرضاء ممن هو اهل له والمحل والسبب بشروطهما الجوهرية والشكلية حين يفرضها القانون للانعقاد .

هذه المادة مستحدثة

وهى تطابق فى حكمها المادة ١٣٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل .

٢ ـ واذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا افاد الحكم فى الحال » .

وتطابق فى حكمها المادة ١٦٧ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بان يكون صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له » .

وقد نصت المادة ١٠٨ من المجلة على ان « البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتا ووصفا » .

ونصت المادة ٣١١ من مرشد الحيران على أن « العقد الصحيح الذى يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتا ووصفا » .

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وان تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل والا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد .

(مادة ١٢٧)

يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا صدر من ناقص الأهلية فى ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، أو اذا شاب الارادة فيه غلط او تدليس أو اكراه أو استغلال ، أو اذا كان تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه ، أو اذا ورد فى القانون نص خاص على ذلك .

يقابل هذا النص ما جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ١٣٤ من التقنين العراقى التى تقول : « اذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو اكراه ، أو غلط أو تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد ... كما ان له أن يجيزه ... » .

وما جاء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٥ من هذا التقنين التى تقول : « من تصرف فى ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك » .

وتقابله المادة ١٧١ من التقنين الكويتى التى تقول : « العقد موقوف النفاذ على الأجازة اذا صدر من فضولى فى مال غيره أو من مالك فى مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية فى ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر أو من مكره أو اذا نص القانون على ذلك » .

وتقابله المادة ١٧٩ من التقنين الكويتى التى تقول : « العقد القابل للابطال ينتج اثاره ، ما لم يقض بابطاله ، واذا قضى بابطاله اعتبر كان لم يكن » .

وقد أخذ فى النص المقترح بالأحكام الآتية :

أولا ـ انه اعتمد فكرة العقد الموقوف التى يأخذ بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقى والتقنين الأردنى .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للابطال فى ان هذا الأخير ينشأ صحيحا منتجا لأثاره ، الى أن يطلب ابطاله فيبطل او تلحقه الاجازة فيظل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفه الى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الأجازة فينفذ .

ومن ثم فان فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للابطال فى أن العقد الذى يشوبه نقص فى الاهلية أو عيب فى الارادة أو انعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الأجازة ، فهذا أولى من ان ينفذ حتى يطلب ابطاله ، وذلك لملافاة التعقيدات التى تنشأ عند ابطال العقد بعد نفاذه .

ثانيا ـ انه وحد الحكم فى الحالات التى يشوب العقد فيها نقص فى الأهلية أو عيب فى الارادة ، أو انعدام الولاية على محل أى التصرف فى ملك الغير بدون اذنه .

ويلاحظ انه فى الفقه الاسلامى يكون العقد موقوف النفاذ اذا كان هناك نقص فى الأهلية ، أو كان هناك اكراه ، أو اذا تعلق حق الغير بالمحل . وهذا السبب الأخير يندرج تحته حالات أهمها تصرف الفضولى ، وهو من يتصرف فى ملك غيره بدون اذنه ، وتصرف مالك العين المرهونه أو المؤجرة ، والبيع الصادر من المريض فى مرضى الموت لوارثه (انظر فى هذا الخصوص : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ١٩٣ وما بعدها) .

ولكن حكم النص المقترح يجعل هذا السبب الأخير قاصرا على التصرف فى ملك الغير بدون اذنه . غير أنه من ناحية أخرى يتوسع فى نطاق العقد الموقوف فيجعله شاملا لعيوب الارادة جميعها . وبذلك أصبحت الأسباب التى تجعل العقد موقوف النفاذ فى النص المقترح هى نقص الأهلية وعيوب الارادة والتصرف فى ملك الغير بدون اذنه ، وهذا هو النهج الذى سار عليه التقنين المدنى العراقى فى المادتين ١٣٤ و ١٣٥ المشار اليهما . أما التقنين المدنى الأردنى فقد أخذ فى المادة ١٧١ التى تقدم ذكرها بما قرره الفقه الاسلامى .

ومعروف ان الفقه الاسلامى يجعل العقد موقوفا فى حالة الاكراه (م ١٠٠٦ من المجلة و م ٢٩٧ من مرشد الحيران) ، بينما يعطى العاقد خيار الفسخ فى حالتى الغلط (م ٣١٠ ، ٣١١ من المجلة و م ٣٠١ من مرشد الحيران) والتدليس (م ٣٥٧ من المجلة و م ٥٣٢ من مرشد الحيران) . وهذا ما اخذ به التقنين الأردنى . ولكن رؤى أن من الأفضل توحيد الحكم بالنسبة الى عيوب الارادة جميعها على غرار ما فعل التقنين العراقى .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد الذي يثبت فيه خيار الفسخ . فالعقد الموقوف ينشأ صحيحا ، ولكنه يكون غير نافذ . أما العقد الذي يثبت فيه للعاقد خيار الفسخ فينشأ صحيحا نافذا ، ولكنه يكون غير لازم ، فيكون للعاقد الخيار بين امضاء العقد وفسخه .

كذلك رؤى عدم جعل تصرف المالك في العين المرهونة أو المؤجرة موقوفا على اجازة الدائن المرتهن أو المستأجر . حيث انه من القواعد المستقرة الآن والتي تقتضيها المصلحة في التعامل ان الرهن أو الايجار لا يقيد حق المالك في التصرف في ملكه . ولهذا رؤى من الأفضل الأخذ بالحل الذي اعتمده التقنين العراقي ، اذ أنه يستجيب لحاجة التعامل ، على خلاف ما أخذ به التقنين الأردني .

أما التصرف الصادر من المريض في مرض الموت فحكمه في مكان آخر .

ثالثا - انه جعل التصرف في ملك الغير بدون اذنه موقوفا على الاجازة وهذا الحكم يفضل الى حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الاردني . فبيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات التي أخذت بالتصوير اللاتيني حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة . فهو نافذ في حق البائع ، وقابل للابطال بالنسبة الى المشتري بمقتضى نص خاص ، وغير نافذ في حق المالك ، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الاقرار نافذا في حقه وصحيحا في حق المشتري .

بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا البيع واحدا بالنسبة الى كل من البائع والمشتري والمالك ، فهو موقوف في حقهم جميعا ، ولاتأتي اجازته الا من جانب المالك ، فاذا صدرت هذه الاجازة أصبح العقد نافذا في حق الجميع (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٣٠٥ - ٣٠٧) .

(مادة ١٢٨)

١ - اذا كان العقد موقوفا لنقص في الأهلية ، كانت اجازته للقاصر بعد بلوغه الرشد او لوليه او للمحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

٢ - واذا كان موقوفا لغلط او تدليس او اكراه او استغلال ، كانت اجازته للمتعاقد الذي شاب ارادته احد هذه العيوب بعد انكشاف العيب او زواله .

٣ - واذا كان موقوفا لكونه تصرفا في ملك الغير بدون اذنه ، كانت اجازته للمالك . فاذا اجازه المالك اعتبرت الاجازة توكيلا .

٤ - ومن شرع توقف العقد لمصلحته هو الذي يثبت له الحق في اجازته او ابطاله .

هذه المادة تقابلها المادتان ١٣٤ و ١٣٥ من التقنين العراقي . فالمادة ١٣٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا انعقد العقدموقوفا لحجر أو اكراه أوغلط او تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما أن له ان يجيزه . فاذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الأيدي . فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها .

٢ - وللعاقد المكره أو المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الآخر ، وان شاء ضمن المجبر والغار . فان ضمن المجبر أو الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر . ولا ضمان على العاقد للمكره أو المغرور أن قبض البدل مكرها أو مغرورا وهلك في يده بلاتعد منه» .

والمادة ١٣٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك .

٢ - فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر .

٣ - واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف . واذا كان العاقد الآخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به . فان هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد اداه عالما انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه .

٤ - واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء . فاذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الآخر » .

وتقابلها المادة ١٧٢ من التقنين الاردني التي تنص على مايأتي :

«تكون اجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق في المعقود عليه أو للولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته أو للمكره بعد زوال الاكراه أو لمن يخولة القانون ذلك » .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تكملة طبيعية للحكم الوارد في المادة السابقة . ففي المادة السابقة نص على الحالات التي يكون العقد فيها موقوفا . وفي المادة المقترحة بيان لمن لهم الحق في اجازة العقد في هذه الحالات فهؤلاء هم الذين شرع توقف العقد لمصلحتهم ، فهم الذين يملكون اجازته أو ابطاله .

(مادة ١٢٩)

١ - يزول الحق في ابطال العقد الموقوف بالاجازة الصريحة او الضمنية .

٢ - وتستند الاجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد ، دون اخلال بحقوق الغير .

٣ - واذا سكت من شرع توقف العقد لمصلحته عن اعلان موقفه خلال مهلة اعطيت له من الطرف الآخر لا تقل عن ثلاثة أشهر ، اعتبر سكوته اجازة .

هذه المادة تقابلها المادة ١٣٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – يزول حتى ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية .

٢ – وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون اخلال بحقوق الغير .

وقد كانت العبارة الأخيرة في الفقرة الثانية من هذه المادة في التقنين الحالي ، وهي التي تقول « دون اخلال بحقوق الغير » محل نقد ، لأن الغرض المقصود في النص ان الأثر الرجعي للاجازة لايسري الا بين المتعاقدين ، فلا يؤخذ به بالنسبة الى الغير الذي كسب حقا عينيا على الشيء الذي ورد عليه العقد . والمثل الذي ذكر في هذا الخصوص هو انه لو باع القاصر العين وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية أو رهنها لآخر ثم اجاز العقد الأول ، فان الاجازة لا تؤثر على حق المشتري الثاني أو الدائن المرتهن اذ تخلص العين لهذا المشتري أو تبقى مثقلة بحق الرهن رغم الاجازة . وهذا القول غير صحيح في ظل فكرة العقد القابل للأبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي . ذلك أن العقد القابل للابطال يكون قبل الاجازة منتجا لكل آثاره ، فاذا صدرت الاجزة كان كل ما يترتب عليها هو أن تزول قابلية العقد للابطال . فالاجازة لا تجعل العقد ينتج اثرا لم يكن ينتجه من قبل ، ولهذا يتصور ان يكون لها اثر رجعي يضر بحقوق الغير . فالمشتري من قاصر مميز يصبح مالكا للعين المبيعة الى أن يطلب ابطال العقد ، فاذا باع القاصر العين بعد بلوغ الرشد أو رهنها كان تصرفه في شيء لا يملكه . فاذا أجاز بعد ذلك البيع الذي ابرمه وهو قاصر فان الملكية تستقر للمشتري الأول خالصة من الرهن . ولا يصح أن يعترض بأن التصرف الثاني يعتبر نزولا عن الحق في اجازة التصرف الأول ، لأن الابطال لا يتقرر الا بالاتفاق مع الطرف الآخر في العقد القابل للابطال أو بحكم القاضي ، أما قبل ذلك فان العقد يظل منتجا لكل آثاره .

اما في ظل فكرة العقد الموقوف التي يؤخذ بها في النصوص المقترحة ، فان الوضع يختلف . فقد رأينا أن العقد الموقوف ، على خلاف العقد القابل للابطال ، ينشأ صحيحا ولكنه لاينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ . ومن ثم يكون هناك محل للقول أو استناد الاجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد انما يكون دون اخلال بحقوق الغير . فالمشتري من قاصر مميز يكون عقده موقوفا ، فلا يصبح مالكا للعين التي اشتراها مادام أن العقد لم تلحقه الاجازة ، فاذا باع القاصر العين بعد بلوغه الرشد أو رهنها كان تصرفه في شيء يملكه ، فاذا أجاز بعد ذلك البيع الذي أبرمه وهو قاصر ، فان الأثر الرجعي للاجازة يضر بحق المشتري الثاني أو الدائن المرتهن لأنه يؤدي الى زوال هذا الحق . وللافاة هذا الاضرار بحقوق الغير ، وجب النص على أن الأثر الرجعي للاجازة لايصح أن يخل بحقوق الغير . فهذا الأثر الرجعي للاجازة انما يكون فيما بين المتعاقدين ، وليس بالنسبة الى الغير .

والاجازة هي النزول عن الحق في ابطال العقد الموقوف . فهي تصرف قانوني من جانب واحد . ومن ثم يصح أن تكون صريحة أو ضمنية . ويجب ان تتوفر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني .

ويشترط الفقه الاسلامي لصحة الاجازة قيام كل عناصر التصرف ، وهي العاقدان والمحل والمجيز ، وقت صدور التصرف ووقت صدور الاجازة . ذلك أن الاجازة في الفقه لها حكم الاستناد والانشاء ، ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف لأنه الوقت الذي تستند اليه الاجازة ، كما يجب توافره وقت صدور الاجازة لأنه الوقت الذي وجدت فيه .

ولكن الشارع العراقي قدر أن الأولى أن يجعل للاجازة حكم الاستناد دون حكم الانشاء ، فقد تدعو الحاجة الى اجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل .

ولهذا اكتفى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الاجازة . حيث اشترط لصحة الاجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد الموقوف . فقد نصت المادة ١٣٦/١ من التقنين العراقي على أن « اجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الاجازة » .

وقد اراد الشارع العراقي بهذا أن يتجاوز الحدود التي وقف عندها الفقه الاسلامي فيما يتعلق بشروط الاجازة دون مبرر .

(انظر في هذه المسألة : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ١٩٨ و ٢٠٩ و ٢٢٠ و ٣٠٨ و ٣١٦) .

اما الشارع الأردني فجعل للاجازة حكم الاستناد والانشاء على غرار الفقه الاسلامي فنصت المادة ١٧٤ من التقنين الأردني على أنه « يشترط لصحة الاجازة قبول التصرف للاجازة وقت صدوره ووقت الاجازة ووجود من له الاجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله ان كان عينا وقت الاجازة » .

وقد رؤي ترك الأمر فيما يتعلق بشروط الأجازة للقواعد العامة .

وفي الفقرة الأولى من المادة المقترحة نص على زوال الحق في ابطال العقد الموقوف بالاجازة ، سواء كانت صريحة أو ضمنية ، حيث تعتبر الاجازة نزولا عن هذا الحق .

وفي الفقرة الثانية نص على ما للاجازة من حكم الاستناد ، مع تقييد ذلك بعدم الاخلال بحقوق الغير .

وفي الفقرة الثالثة اعطيت الفرصه للعاقد الذي يضره توقف العقد لحسم الموقف دون ابطاء . حيث يستطيع أن يحدد لمن شرع التوقف لصلحته مدة معقولة لا تقل عن ثلاثة أشهر يعلن فيها عن رغبته في الاجازة أو الرفض ، فان سكت عن الرد طوال هذه المدة اعتبر سكوته اجازة للعقد .

وفي مذهب الامام مالك انه اذا حصل التصرف في ملك الغير بدون اذنه ، وسكت المالك عاما من وقت علمه بالتصرف ، اعتبر سكوته اجازة . (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج٤ ص٢٠٧) .

وتقابل المادة المقترحة الفقرة الأولى من المادة ١٣٦ من التقنين العراقي التي تقدم ذكرها ·

ويقابلها في التقنين الاردني المواد ١٧٣ و ١٧٤ و ١٧٥ ·

فالمادة ١٧٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ – تكون الاجازة بالفعل او بالقول او بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة ·

٢ – ويعتبر السكوت اجازة ان دل على الرضا عرفا » ·

والمادة ١٧٤ من هذا التقنين تقدم ذكرها ·

والمادة ١٧٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ – اذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستندا الى وقت صدوره واعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ·

٢ – واذا رفضت الاجازة بطل التصرف » ·

ويقابلها في التقنين الكويتي المواد من ١٧٩ الى ١٨٢ · وهي تاخذ بفكرة العقد القابل للابطال ·

(مادة ١٣٠)

١ – يسقط الحق في ابطال العقد الموقوف اذا لم يتمسك به من شرع التوقف لمصلحته خلال ثلاث سنوات ·

٢ – ويبدأ سريان هذه المدة اذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب · واذا كان سبب التوقف الغلط او التدليس او الاكراه او الاستغلال، فمن اليوم الذي ينكشف فيه العيب او يزول · واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه ، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد · واذا كان التوقف لسبب آخر ينص عليه القانون ، فمن اليوم الذي يعلم فيه من شرع التوقف لمصلحته بصدور العقد ·

٣ – وفي كل حال لايجوز التمسك بالحق في الابطال لغلط او تدليس او اكراه او استغلال اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ·

هذه المادة تقابل الماده ١٤٠ من التقنين الحالي التي تنص على ما ياتي:

« ١ – يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ·

٢ – ويبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس ،من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه ،وفي كل حال لايجوز التمسك بحق الابطال لغلط او تدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » ·

وتبقى المادة المقترحة على مدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي مع تعميم الحكم على جميع الحالات التي يتوقف فيها العقد ·

وتقابلها المادة ١٣٦ فقرة ثانية وثالثة من التقنين العراقي التي تنص على ما ياتي :

« ٢ – ويجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر · فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا ·

٣ – ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد · واذا كان سبب التوقف الاكراه أو الغلط او التغرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير · واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد » ·

وتقابلها المادة ١٨٣ من التقنين الكويتي ، وهي تاخذ بمدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي ·

ولم يحدد الفقه الاسلامي مدة معينة لاجازة العقد أو نقضه · ولذلك جاء التقنين الأردني خلوا من مدة للتقادم في هذا الخصوص ·

(المادة ١٣١)

يكون العقد باطلا اذا اختل فيه ركن باصله او بوصفه ، وذلك اذا صدر من شخص فاقد الأهلية ، أو اذا انعدم فيه الرضاء او المحل او السبب ، أو اذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية، أو اذا لم يتوافر فيه شكل يفرضه القانون لانعقاده ، أو اذا ورد في القانون نص خاص على ذلك ·

هذه المادة مستحدثة

وهي تقابل المادة ١٩٣ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص على ما ياتي :

«يكون العقد باطلا في الحالات الآتية :

(أ) اذا أبرمه شخص لا أهلية له اطلاقا ·

(ب) اذا انعدم فيه الرضاء او المحل أو السبب ، واذا لم تتوافر في المحل او في السبب شروطه الجوهرية ·

(ج) اذا اشترط القانون في العقد شكلا يكون باطلا بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل ، أو اذا أغفل المتعاقدان اجراء شكليا يعتبره القانون ركنا في تكوين العقد ·

(د) اذا ورد في القانون نص خاص على البطلان » ·

وتقابلها المادة ١٣٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما ياتي:

١ – العقد الباطل هو ما لا يصح أصلا باعتبار ذاته أو وصفا باعتبار بعض أو صافه الخارجة ·

٢ – فيكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كان يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع ·

٣ ــ ويكون باطلا ايضا اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذى فرضه القانون » .

وتقابلها المادة ١/١٦٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما ياتى:
« العقد الباطل ما ليس مشروعا باصله ووصفه بان اختل ركنه او محله او الغرض منه او الشكل الذى فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه اى اثر ولا ترد عليه الاجازة » .

والعقد الباطل فى الفقه الاسلامى هو العقد الباطل فى القانون الوضعى ، وقد نصت المادة ٣١٣ من مرشد الحيران على ما ياتى :
« العقد الباطل هو ما ليس مشروعا لا أصلا ولا وصفا ، اى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل بان كان الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلا للعقد او كان المحل غير قابل لحكم العقد .

وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك فى الأعيان المالية ولو بالقبض» .

(مادة ١٣٢)

١ ــ العقد الباطل لاينعقد ، فلا يترتب عليه اى اثر ، ولا ترد عليه الاجازة .

٢ ــ ولكل ذى مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها .

٢ ــ ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضى خمس عشرة سنة من وقت العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ــ اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالاجازة .

٢ ــ وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد» .

وتطابقها فى الحكم المادة ١٦٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ــ العقد الباطل ما ليس مشروعا باصله ووصفه بان اختل ركنه او محله او الغرض منه او الشكل الذى فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه اى اثر ولا ترد عليه الاجازة .

٢ ــ ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣ ــ ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » .

(انظر المادة ٢١٣ من مرشد الحيران التى تقدم ذكرها) .

وتقابل المواد من ١٨٤ الى ١٨٦ من التقنين الكويتى فالمادة ١٨٤ من هذا التقنين تنص على أن : « العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحمة أن تقضى به من تلقاء نفسها » .

والمادة ١٨٥ من هذا التقنين تنص على ان « العقد الباطل لا يتصحح بالاجازة » .

والمادة ١٨٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ــ العقد الباطل لا يصحح بمرور الزمان .

٢ ــ الا ان دعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد » .

وتطابق الفقرتين الاولى والثانية منها فى الحكم المادة ١٤١ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة ان يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالاجازة » .

(انظر المادة ٣١٣ من مرشد الحيران التى تقدم ذكرها) .

(مادة ١٣٣)

١ ــ اذا كان العقد باطلا ، او كان موقوفا وابطل ، يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فاذا كان هذا مستحيلا حكم القاضى بتعويض معادل .

٢ ــ ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية ، اذا ابطل العقد لنقص اهليته، ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

« ١ ــ فى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

٢ ــ ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، اذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

وتقابل المادة ١٣٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا .

٢ ــ فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

٣ ــ ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية اذا بطل العقد لنقص أهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » .

وتقابلها المادتان ١٨٧ و ١٨٨ من التقنين الكويتى .

(المادة ١٣٤)

اذا كان العقد فى شق منه باطلا او موقوفا ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل او يقف ، الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا او موقوفا فيبطل العقد كله .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للابطال العقد كله » .

وتقابلها المادة ١٣٩ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا كان العقد فى شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذى يبطل . اما الباقى من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا » .

وتقابل المادة ١٩٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — اذا لحق البطلان او الابطال شقا من العقد ، اقتصر عليه وحده دون باقى العقد .

٢ — على أنه اذا اثبت احد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل ، بطل العقد كله » .

وتقابل المادة ١٩٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ماياتى :

« ٢ — اذا كان العقد فى شق منه باطلا بطل العقد كله الا اذا كانت حصة كل شق معينة فانه يبطل فى الشق الباطل ويبقى صحيحا فى الباقى .

٢ — واذا كان العقد فى شق منه موقوفا ، توقف فى الموقوف على الاجازة .

فان أجيز نفذ العقد كله ، وان لم يجز بطل فى هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقى فى النافذ بحصته » .

والمادة المقترحة تتناول نظرية انتقاص العقد . وهى نظرية يعرفها الفقه الاسلامى (انظر القوانين الفقهية ص ٢٦٠ — الزيلعى ج٤ ص٦٠، ٦١ — المبسوط ج ١٣ ص ٣ — ٥ — عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ١٥١ — ١٥٧) .

(المادة ١٣٥)

اذا كان العقد باطلا او موقوفا وتوافرت فيه اركان عقد آخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت اركانه ، اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٤ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فية أركان عقد آخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد » .

وتقابلها المادة ١٤٠ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت اركانه اذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد » .

وتقابلها المادة ١٩١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — اذا بطل العقد او ابطل ، وامكن أن تستخلص منه الاركان اللازمة لعقد آخر غيره ، قام هذا العقد الآخر .

٢ — ويعتبر الرضاء بالعقد الذى يصير التحول اليه متوافرا اذا تبين ان المتعاقدين كانا يريدانه لو علما ببطلان العقد الذى قصدا فى الأصل ابرامه » .

والمادة المقترحة تتناول نظرية تحول العقد ، وقد ورد فى الفقه الاسلامى بعض تطبيقات لهذه النظرية (انظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ١١١ — ١١٣ ، عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٢٩٦ — ٢٩٨) .

الفرع الثانى
آثار العقد

(١) تفسير العقد :

(المادة ١٣٦)

١ — العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى .

٢ — والأصل فى الكلام الحقيقة ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز الا اذا تعذر حمله على معناه الحقيقى .

هذه المادة مستحدثة . وهى تطابق المادة ٢١٤ من التقنين الاردنى . وتطابق فى حكمها المادة ١٥٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى .

٢ — على أن الأصل فى الكلام الحقيقة . أما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز » .

وتطابق فى فقرتها الأولى العبارة الأولى من المادة ٣ من المجلة والمادة ٣١٤ من مرشد الحيران .

وتطابق فى الحكم فى فقرتها الثانية المادة ١٢ من المجلة والعبارة الأولى من المادة ٩١ من المجلة .

وهذه المادة مستمدة من الفقه الاسلامي . واذا كانت الفقرة الأولى منها تقضي بأن يعتد في التفسير بالمقاصد والمعاني ، فان هذا لايعني أن الفقه الاسلامي يعتد بالارادة الباطنة في هذا الخصوص ، اذ أن المقاصد والمعاني التي تراعى هي تلك التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة ، ولهذا نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أن الأصل في الكلام الحقيقة . كما سيأتي في المادة التالية أنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح . هذا الى ماتنص عليه المادة ٦٨ من المجلة من أن « دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه ، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه » .

(انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦) .

فالعبرة في الفقه الاسلامي في خصوص التفسير بالارادة الظاهرة كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٨ وما بعدها) .

(المادة ١٣٧)

لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح .

هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق المادة ١٥٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١٥ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ١٣ من المجلة .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي . وتؤيد ما ذكر فيما تقدم من أن المقاصد والمعاني التي تراعى في التفسير هي تلك التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة في العقد .

(المادة ١٣٨)

اعمال الكلام اولى من اهماله ، لكن اذا تعذر أعمال الكلام يهمل .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطابق المادة ١٥٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١٦ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٦٠ من المجلة التي تقول : « اعمال الكلام أولى من اهماله ، يعني لايهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى . مثاله لو وقف على أولاده وليس له الا أولاد أولاده حمل عليهم صونا للفظ » . وكذلك المادة ٦٢ من المجلة التي تقول : « اذا تعذر اعمال الكلام يهمل ، يعني أنه اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل . ومثاله لو أقر لزوجته التي هي من نسب آخر معروف وأكبر منه سنا بأنها ابنته فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقي لأنها أكبر منه سنا ومن نسب معروف ولا على معنى مجازي أي معنى الوصية لكونها وارثه له ولا وصيه لوارث فيهمل كلامه » .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي (أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٦٨ و ٦٩ و ٧٦ و ٧٧ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٣٧) .

(المادة ١٣٩)

ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطابق المادة ١٥٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١٧ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٦٣ من المجلة .

ومثالها أن الشفيع لو ترك شفعته بنصف المشفوع فيه وطلب النصف الآخر ، سقط حقه في الشفعة ، لأن حق الشفعة لا يتجزأ (م١٠٤١ من المجلة) . أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله ، فلو أبرأ دائن مدينه من نصف الدين برىء من هذا النصف فقط .

(عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٣٨) .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي .

(المادة ١٤٠)

المطلق يجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة .

هذه المادة مستحدثة .

وتطابق المادة ١٦٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١٨ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٦٤ من المجلة .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي .

(المادة ١٤١)

الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطابق المادة ١٦١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١٩ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٦٥ من المجلة التى تقول : « الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر • مثلا لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر فى المجلس وقال فى ايجابه بعت هذا الفرس الأدهم واشار اليه وقبل البائع صح البيع ولغا وصف الأدهم ، واما لو باع فرسا غائبا وذكر أنه اشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع » •

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى •

(مادة ١٤٢)

١ ـ اذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين •

٢ ـ اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات •

هذه المادة تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الحالى •

وتطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الأردنى •

وتطابق فى حكمها المادة ١٩٢ من التقنين الكويتى •

ويتفق حكمها مع القواعد الأساسية فى تفسير العقد فى الفقه الاسلامى • فالفقرة الأولى منها ليست الا اعمالا للقواعد التى تقدم ذكرها والتى تقضى بان الأصل فى الكلام الحقيقية ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز الا اذا تعذر حمله على معناه الحقيقى وبأنه لاعبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح ، وبان دليل الشىء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه حيث يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه (م١٢ و ١٣ و ٦١ و ٦٨ من المجلة) •

والفقرة الثانية منها ليست الا تفصيلا للقاعدة التى تقدم ذكرها والتى تقضى بأن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى (م ٣ من المجلة وم ٣١٤ من مرشد الحيران) مع بيان العوامل التى يستطيع القاضى أن يفسر على هديها م ٣٦ ـ ٣٨ و ٤٠ ـ ٤٨ من المجلة) •

(مادة ١٤٣)

١ ـ يفسر الشك فى مصلحة الطرف الذى يضار من الشرط •

٢ ـ ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن •

هذه المادة تقابل المادة ١٥١ من التقنين الحالى التىتنص علىمايأتى:

« ١ ـ يفسر الشك فى مصلحة المدين •

٢ ـ ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضه فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » •

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة بما يفيد أن الشك يفسر فى مصلحة الطرف الذى يضار من الشرط المشكوك فى معناه •

فقد يكون هذا الطرف مدينا فى التزام يفرضه الشرط ، فيفسر الشك فى مصلحته مثل ذلك ان يتفق على شرط جزائى فى العقد ، ويقوم شك فى معرفة ما اذا كان هذا الشرط يستحق فى حالة التأخر فى التنفيذ أم انه لايستحق الا فى حالة عدم التنفيذ ، ففى هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط على أنه لايستحق الا عند عدم التنفيذ • ومثل ذلك أيضا أن تشترط عمولة عند تمام كل صفقة دون أن يذكر وقت الدفع ، فيفسر هذا على أن يكون الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها •

وقد يكون هذا الطرف دائنا فى التزام يعدل فيه الشرط على نحو يضر به ، فيفسر الشك فى مصلحته • مثل ذلك أن يتفق على عدم التزام البائع بتسليم المبيع كله فور العقد ، ويقوم شك فى معرفة ما اذا كان التسليم مؤجلا أم مقسطا ، ففى هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط على أن يكون التسليم مقسطا • ففى هذا التفسير روعيت مصلحة المشترى ، مع أنه الدائن فى الالتزام بالتسليم ، لانه هو الذى يضار من الشرط •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١٩٤ من التقنين الكويتى • وتقابل المادة ٢٤٠ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ١٥١ من التقنين المصرى الحالى •

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ١٦٦ من التقنين العراقى التى تطابق الفقرة الاولى من المادة ١٥١ من التقنين المصرى الحالى •

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع قواعد تفسير العقد فى الفقه الاسلامى • فثمة قواعد ثلاثة فى هذا الفقه تنهض بالمبدأ الوارد فى هذه الفقرة :

الأولى : ان اليقين لايزول بالشك • فاذا كان هناك شك فىمديونية المدين ، فاليقين أنه برىء الذمة ، ولايزال هذا اليقين بالشك •

والثانية : أن الأصل بقاء ما كان على ما كان • وبراءة الذمة تسبق المديونية ، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ، ولا تزول الا بمديونية قامت على يقين •

والثالثة : أن الأصل براءة الذمة • فيفرض فيمن يدعى عليه الدين أنه برىءالذمة • فاذاكان هناك شك فى مديونيته فسر فى مصلحته• وقد أورد ابن نجيم هذه القواعد الثلاثة فى الأشباه والنظائر ، ص ٢٨ و٢٩ (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٤١ و٤٢) •

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقتضى بأن يكون تفسير الشك فى عقد الاذعان فى مصلحة الطرف المذعن فى جميع الأحوال أى سواء كان دائنا فى الالتزام الذى سيتناوله شرط العقد أو مدينا فيه ، لأنه فى الحالين يكون مدينا فى الشرط الذى يجرى تفسيره ، بمعنى أنه يضار من هذا الشرط • حيث ان الطرف الآخر فى هذا العقد ، وهو محتكر قانونى أو فعلى للسلعة أو المرفق الذى يبرم العقد فى شأنه ،

يتوفر له من أسباب القوة ما يجعله يفرض شروط العقد ، فهو صانع هذه الشروط ، وعليه يقع وزر ما فيها من غموض كان في وسعه أن يتحاشاه . وبذلك يتفق حكم هذه الفقرة مع القواعد الشرعية .

(٢) أثر العقد بين المتعاقدين .

(مادة ١٤٤)

ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام ، دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ان هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٥ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٠٦ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٠١ من التقنين الكويتي .

وأحكامها هي الاحكام ذاتها المقررة في الشريعة الاسلامية . وقد أكد الشارع هذا المعنى في التقنين الحالي فيما يتعلق بانتقال أموال التركة الى الخلف العام الذي يشمل الوارث والموصى له بحصة في التركة ، وذلك في المادة ٨٧٥ التي تنص على ان : « ١ - تعيين الورثة وتحديد انصبائهم في الارث وانتقال أموال التركة اليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .

٢ - وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية » .

وقد نصت المادة ٣٠٦/١ من مرشد الحيران على انه « انما تجرى احكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما » (انظر البدائع ج ٥ ص ٢٥٨) . (انظر في هذا عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ٦٦ وما بعدها) .

(مادة ١٤٥)

اذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٦ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٠٧ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٠٢ من التقنين الكويتي .

وأحكامها تتفق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي فيما يتعلق بانصراف اثر العقد الى الخلف الخاص (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ١٢٠ - ١٢٣) .

(مادة ١٤٦)

العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للاسباب التي يقرها القانون .

هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ١٤٧ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ١٩٦ من التقنين الكويتي التي تنص على ان « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لاحدهما ان يستقل بنقضه او تعديل احكامه ، الا في حدود ما يسمح به الاتفاق او يقضي به القانون » .

وتتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ١٤٦ من التقنين العراقي التي تنص على انه « اذا نفذ العقد كان لازما . ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٤١ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « اذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه ، الا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون » .

وحكمها مبدأ أساسي في الشريعة الاسلامية . فيقول سبحانه وتعالى: « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . ويقول صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم » .

وقد نصت المادة ٣٠٦ من مرشد الحيران على ما يأتي :

« انما تجرى أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما . ولا يجوز فسخ العقود اللازمة الا بتراضيهما في الأحوال التي يجوز فيها فسخها » .

(مادة ١٤٧)

١ - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا لما تقتضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون والعرف .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من المادة الواردة في التقنين الحالي ، فاستبدلت بعبارة « وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » عبارة « وفقا لما تقتضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون والعرف » . وذلك لأن طبيعة الالتزام هي أول ما يسترشد به القاضي لاكمال نطاق العقد ، ولان العدالة يشملها حكم الفقرة الأولى التي تقضي بأن يكون تنفيذ العقد متفقا مع ما يوجبه حسن النيه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٥٠ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ١٤٨ من التقنين الحالي .

(مادة ١٥٠)

اذا طرات حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة . جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين الحالى وتطابق المادة ٢٠٥ من التقنين الأردنى ، فيما عدا ان هذه المادة الأخيرة تضيف عبارة (ان اقتضت العدالة ذلك) بعد لفظ (المعقول) .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من التقنين العراقى التى تقول : « على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٩٨ من التقنين الكويتى .

واذا كان الفقه الاسلامى لم ترد فيه نظرية عامة للحوادث الطارئة على نحو ماجاء فى النص المقترح ، الا أنه عرف تطبيقات مختلفة لهذه النظرية أهمها الاعذار فى عقد الايجار حيث يفسخ الايجار للعذر ، والجوائح فى بيع الثمار حيث ينقص الثمن بقدر معين (أنظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق ، فى الفقه الاسلامى ج٦ ص٩٧ وما بعدها) .

(مادة ١٥١)

اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو ان يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٩ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢٠٤ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٨١ من التقنين الكويتى .

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الاسلامى لايتحدث عن عقد الاذعان ، وانما يتناول الفكرة الجوهرية التى يقوم عليها هذا العقد ، وهى الا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه فيرضخ الناس للسعر الذى يفرضه نظرا الى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة .

وقد حمل الفقه الاسلامى على الاحتكار وتناوله فى الصور التى كانت مالوفة فى عهده . انظر تفصيلا لذلك فيما تقدم تحت المادة ٨٤ من المشروع .

ويتضح من هذا أن الشريعة الاسلامية تؤيد حماية الطرف المذعن فى عقد الاذعان . وبذلك يتفق حكم النص المقترح مع المبادىء المقررة فى الشريعة .

(مادة ١٥٢)

تسرى شروط العقد العامة التى يضعها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر اذا كان على علم بها وقت ابرام العقد أو كان من المفروض ان يعلمها حتما لو اعارها انتباه الشخص العادى .

وعلى كل حال لا أثر لشروط تحد من المسئولية او تحلل من العقد او تقف تنفيذه اذا كانت لصالح من وضعها ، ولا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع أو قيود تمس حرية المتعاقد فى العلاقات مع الغير وتمديد العقد او تجديده . ولا أثر كذلك لشروط التملك او الحد من صلاحية القضاء ، اذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطيا .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الليبى .

وتقابل المادة ٥١ من مشروع التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا اتفق المتعاقدان على أن تسرى فى شئونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية سرت هذه الأحكام ، مالم يثبت أى منهما أنه عند حصول الاتفاق بينهما لم يكن يعلم بهذه الأحكام ولم تتح له الفرصة فى أن يعلم بها

(٢) واذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجيه التى لم يحصل العلم بها أساسية بطل العقد ، فان كانت ثانوية تولى القاضى حسم الخلاف فى شانها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيات العدالة » .

والمادة المقترحة تتناول العقد الذى يعده أحد المتعاقدين مقدما ، فيدون فيه من الشروط ما يكون فى صالحه وضارا بمصلحة الطرف الآخر . وهى ظاهرة منتشرة الآن ، ولا سيما فى عقود الاذعان .

والهدف من حكم هذه المادة هو حماية هذا الطرف الآخر من ناحيتين : الأولى : أنه يجب أن يعلم بشروط العقد العامة ، أو يكون فى مقدوره أن يعلم بهذه الشروط لو أعارها انتباه الشخص العادى .

والثانية : أنه لا يلتزم بشروط العقد الخاصة التى تفره الا اذا تم الاتفاق عليها خطيا • فكثيرا ما يفاجأ المتعاقد عند حصول النزاع بشروط لم يكن يتصور وجودها فى العقد عند توقيعه عليه • ولا سبيل الى ملافاة ذلك الا باشتراط العلم أو امكان العلم بالشروط العامة ، والاتفاق خطيا على الشروط الخاصة •

ومن ثم يتفق حكم هذه المادة مع المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية التى لا تعتد الا بما اتفق عليه حقيقة بين المتعاقدين ، وهو ما يقتضى أن يكون المتعاقد على بينه تامة من شروط العقد الذى يلتزم به •

(مادة ١٥٣)

فى العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية ، فان الشروط المضافة الى تلك النماذج تتغلب على الشروط الأصلية اذا تنافت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية •

هذه المادة مستحدثة

وهى تطابق المادة ١٥١ من التقنين الليبى •

وهى تتناول العقد الذى تعد شروطه مقدما كنموذج يحتذى عند التعاقد فى شأن نوع معين من العلاقات التعاقدية ، كما هو الشأن فى عقود الاذعان • فاذا أضيفت شروط الى هذا النموذج تنافى الشروط الأصلية كان معنى ذلك ان ارادة المتعاقدين قد اتجهت الى الشروط المضافة واعرضت عن الشروط الأصلية حتى ولو لم تشطب هذه الأخيرة • ولذلك جرى القضاء فى عقود التأمين على أن يغلب الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة ، وبذلك أعفى الطرف المذعن من الشرط الذى يتناقض مع آخر يكون أكثر انطباقا على نية المتعاقدين •

وبذلك يتفق حكم هذه المادة من المبادىء العامة فى الشريعة الاسلامية التى لا تعتد الا بما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين عند التعاقد •

(٣) أثر العقد بالنسبة الى الغير •

هذه المادة تطابق المادة ١٥٢ من التقنين الحالى •

(مادة ١٥٤)

لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا •

وتطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الأردنى •

وتقابل المادة ٢٠٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أن : « العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما ، وان كانت تؤثر فى الضمان العام المقور لدائنيهما ، وذلك كله مالم يقض القانون بغيره» •

والفقه الاسلامى لا يجيز انصراف أثر العقد الى الغير ، سواء كان هذا الاثر حقا أو التزاما (عبد الرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٩٢ و ١٩٣) •

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحيران على أنه : «انما تجرى أحكام العقود فى حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما » • ولكن فى ضوء تطور ظروف المجتمع وما تقتضيه المصالح المشروعة فى التعامل ، أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك وما دام الغير يقبل ذلك •

(مادة ١٥٥)

١ - اذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر • فلا يلزم الغير بتعهده • فاذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به •

٢ - أما اذا قبل الغير هذا التعهد ، فان قبوله لاينتج أثرا الامن وقت صدوره ، مالم يتبين انه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذى صدر فيه التعهد •

هذه المادة تطابق المادة ١٥٣ من التقنين الحالى •

وتطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الأردنى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه • ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه اذا رفض الغير أن يلتزم ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى وعد به اذا كان ذلك فى استطاعته من غير أن يضر بالدائن •

٢ - أما اذا أقر الغير هذا الوعد فان اقراره لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة أو دلالة أن يستند الاقرار الى اليوم الذى صدر فيه الوعد » •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٣٠٤ من التقنين الكويتى •

وتتفق فى حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامى من أن العقد لا يرتب التزاما فى ذمة الغير (م ١/٣٠٦ من مرشد الحيران) • اذ أن من يتعهد بأن يحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين انما يلزم نفسه ولا يلتزم الغير بتعهده • ويكون للغير أن يقبل الالتزام أو يرفضه •

(مادة ١٥٦)

١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية •

٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على

خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد .

٣ ـ ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ١٥٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١٠ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٢٠٥ والمادة ٢٠٦ والمادة ٢٠٧ من التقنين الكويتي .

والفقه الاسلامي لا يجيز انصراف أثر العقد الى الغير ، سواء كان هذا الأثر حقا أو التزاما (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ١٩٢ ، ١٩٣) .

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحيران على أنه « انما تجرى أحكام العقد في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما » (انظر البدائع ج٥ ص١٧٢ . فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٣) . ولكن في ضوء تطور ظروف المجتمع ، وما تقتضيه المصالح المشروعة في التعامل أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، مادام المتعاقدان يريدان ذلك ومادام الغير يقبل ذلك .

(مادة ١٥٧)

١ ـ يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشترط رغبته في الاستفادة منها ، مالم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .

٢ ـ ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمشترط احلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ١٥٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١١ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٠٨ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة السابقة .

وانظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ . فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

(مادة ١٥٨)

يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٦ من التقنين الحالي

وتطابق المادة ١٥٤ من التقنين العراقي

وتطابق المادة ٢١٢ من التقنين الأردني

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٠٥ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادتين السابقتين

وانظر البدائع ج٥ ص١٧٢ فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الضمانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

الفرع الثالث

انحلال العقد

(مادة ١٥٩)

١ ـ في العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض .

٢ ـ ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٧ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/١٧٧ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٤٦ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه .

٢ ـ ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ في الحال أو تنظره الى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال ان كان له مقتض » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٠٩ من التقنين الكويتي .

ولم ترد في الفقه الاسلامي نظرية عامة للفسخ على غرار ما جاء في النص المقترح والنصوص المقابلة له في التقنينات العربية الأخرى • بل ان الأصل فيه أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد اذا أخل المدين بالتزامه، بل يطالب بتنفيذ العقد ، وذلك في العقود الملزمة للجانبين اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات • ومع ذلك فقد أجاز فسخ العقد في بعض الحالات ، ولا سيما في عقدي البيع (م ٤٤٨ – ٤٥٠ و ٤٥٢ من مرشد الحيران) والايجار (م ٥٧٠ و ٥٧١ و ٥٧٧ و ٥٨٤ و ٦٢٩ و ٦٣١ و ٦٥٧ من مرشد الحيران) •

(مادة ١٦٠)

يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار ، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه •

هذه المادة تطابق المادة ١٥٨ من التقنين الحالي •

وتطابق المادة ١٧٨ من التقنين العراقي •

وتطابق المادة ٢٤٥ من التقنين الأردني •

وتقابلها المادة ٢١٠ من التقنين الكويتي •

ويتفق حكمها مع المبادىء المقررة في الفقة الاسلامي •

(مادة ١٦١)

في العقود الملزمة للجانبين ، اذا انقضى التزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لايد للمدين فيه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء ذاته •

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » • وقد أريد بتعديل نص هذه المادة الأخيرة على النحو الوارد في النص المقترح أن يكون الحكم أكثر وضوحا ، لأن الالتزام لا ينقضي اذا كانت استحالة تنفيذه ترجع الى فعل المدين •

وتتفق في حكمها مع المادة ٢١٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – في العقود الملزمة للجانبين ، اذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بسبب أجنبي لا يد له فيه ، انقضى هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر ، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه •

٢ – فاذا كانت الاستحالة جزئية كان للدائن بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما بقى ممكن التنفيذ أو أن يطلب فسخ العقد » •

وتقابل المادة ٢٤٧ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « في العقود الملزمة للجانبين اذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه • فاذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ، ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة ، وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين » •

وتقابل المادة ١٧٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه •

٢ – فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشترى يكون من مال البائع ولا شىء على المشترى » •

ويميز الفقة الاسلامي بين فسخ العقد وانفساخه : فينفسخ العقد من تلقاء نفسه اذا هلك المعقود عليه هلاكا كليا • وفي غير حالة الهلاك الكلي يكون العقد في حاجة الى الفسخ (أنظر م ٦٢٩ من مرشد الحيران) (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج٦ ص٢٥٠) •

(مادة ١٦٢)

اذا فسخ العقد أو انفسخ ، اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك يحكم بالتعويض •

هذه المادة تقابل المادة ١٦٠ من التقنين الحالي التي تنص على أنه : « اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » • وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

أولا : أضيفت عبارة « أو انفسخ » بعد عبارة « اذا فسخ العقد » لأن الأثر الذي يترتب على انفساخ العقد من تلقاء نفسه هو الأثر ذاته الذي يترتب على الفسخ ، اذ في كلا الحالين يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد •

ثانيا – استبدلت بعبارة « جاز الحكم بالتعويض » في نهاية النص عبارة « يحكم بالتعويض » توخيا للدقة في بيان الحكم •

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٤٨ من التقنين الأردني •

وتقابل المادتين ٢١١ و ٢١٦ من التقنين الكويتي •

وتقابل المادة ١٨٠ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه ، فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد ، وان كان قد سلم يسترد • فاذا استحال رده يحكم بالضمان » •

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامي في هذا الصدد (انظر م ٤٦٠ - ٤٦٢ و ٤٦٥ و ٢٥٣ - ٢٥٥ من مرشد الحيران وم ٢٩٣ و ٢٩٤ و ٣١٤ من المجلة - البدائع ج ٥ ص ١٧١ و ١٧٥ و ص ٢٣٨ - ٢٤٣ و ص ٢٥٢) ٠

(مادة ١٦٣)

في العقود الملزمة للجانبين ، اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ٠

هذه المادة تطابق المادة ١٦١ من التقنين الحالي ٠

وتتفق في حكمها مع المادة ٢١٩ من التقنين الكويتي التي تنص على انه « في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الاداء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به ، وذلك ما لم يتفق على خلافه أو يقض العرف بغيره » ٠

وتقابل المادة ٢٨٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - للبائع أن يحبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال ، وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى أن يستوفي الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن وذلك كله وفقا للأحكام التي قررها القانون ٠

٢ - وفي كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق » ٠

وتقابل المادة ٣٨٨ من التقنين الاردني التي تنص على أن « لكل واحد من المتعاقدين في المعاوضات المالية بوجه عام أن يحتبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق » ٠

ولأن الدفع بعدم تنفيذ العقد يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة في الحق في الحبس ، فان التقنينين العراقي والتقنين الاردني جعلانه فرعا في الحبس وأوردا النص المتعلق به في المكان المخصص لهذا الحق ٠

وقد وردت في الفقه الاسلامي تطبيقات للدفع بعدم التنفيذ في عقود مختلفة كعقد البيع وعقد الايجار وعقد الوكالة وعقد الزواج ، بحيث يمكن أن نستخلص من هذه التطبيقات نظرية عامة على النحو الذي جاء في النص المقترح والنصوص المقابلة له في التقنينات العربية . وهو يقيم الدفع بعدم التنفيذ على اساس فكرة المساواة بين المتعاقدين، فلا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما لم يقم الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ،وهي فكرة تقود الى نظرية السبب التي تقيم ارتباطا بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين .

(انظر البدائع ج ٤ ص ٢٠١ و ج ٥ ص ٢٤٩ ٠ وانظر م ٤٥٤و٤٥٥ من مرشد الحيران و م ٢٧٨ الى ٢٨٠ من المجلة . وانظر عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ص ٢٥٢ - ٢٦٣) ٠

(مادة ١٦٤)

للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده ٠

هذه المادة مستحدثة ٠

وتطابقها المادة ١٨١ من التقنين العراقي ٠

وتطابقها المادة ٢٤٢ من التقنين الأردني ٠

وتتفق معها في الحكم المادة ٢١٧ / ١ من التقنين الكويتي ٠

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة ٠

(مادة ١٦٥)

١ - يجب أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا في يد المتعاقد وقت الاقالة ٠

٢ - واذا هلك بعض المعقود عليه أو حصل التصرف فيه ، صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من العوض ٠

هذه المادة مستحدثة ٠

وتتفق معها في الحكم المادة ٢١٧ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضائهما بعد انعقاده ، ما بقي المعقود عليه قائما وموجودا في يد أحدهما ٠

٢ - فاذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير في بعض المعقود عليه ، جازت الاقالة في الباقي منه بقدر حصته من العوض » ٠

وتتفق معها في الحكم المادة ١٨٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يلزم أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة ٠

٢ - ففي البيع يلزم أن يكون المبيع قائما وموجودا في يد المشتري، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن ٠ أما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الاقالة » ٠

وتتفق معها في الحكم المادة ٢٤٤ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

«١ - تتم الاقالة بالايجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشرط أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة ولو تلف بعضه صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن ٠

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة .

(مادة ١٦٦)

الاقالة في حق المتعاقدين فسخ ، وفي حق الغير عقد جديد ٠

هذه المادة مستحدثة .

وتطابقها المادة ١٨٣ من التقنين العراقي .

وتطابقها المادة ٢٤٣ من التقنين الاردني .

ويتفق معها في الحكم المادة ٢١٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « تعتبر الاقالة من حيث أثرها بمثابة الفسخ في حق العاقدين ، وبمثابة عقد جديد في حق الغير » .

وقد استمد المشروع النصوص الخاصة بالأقالة من الفقه الاسلامي . على أنه « تعتبر الاقامة من حيث أثرها بمثابة الفسخ في حق العاقدين، وبمثابة عقد جديد في حق الغير » .

فهي اتفاق يهدف فيه الطرفان الى الغاء الالتزامات التي ترتبت على العقد المقال منه ، وبذلك يؤدي الى انحلال العقد . كان يكون هناك عقد بيع ، ثم يتفق الطرفان على الاقالة منه ، فيعود المبيع الى البائع ، ويسترد المشتري الثمن . ويقع هذا الاتفاق بالتراضي بعد قيام العقد طبقا للقواعد العامة ، فيشترط فيه ما يطلب في سائر العقود من شروط انعقاد وشروط صحة . وقد نصت المادة ١٦٤ من المشروع في هذا المعنى على أن « للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده » .

والرجوع في الهبة اذا تم بين الواهب والموهوب له بالتراضي ، فانه يعتبر اقالة من الهبة . غير أن هذا الرجوع قد يتم بغير الأقالة ، وذلك اذا لم يقبل الموهوب له الاقالة ، حيث يجوز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع .

ويشترط في الاقالة ، فضلا عما تقضي به القواعد العامة ، أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة . وهذا شرط تتطلبه الفقه الاسلامي على أساس أن المعقود عليه في البيع هو المبيع ، فاذا هلك المبيع لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه ، ومن ثم لا تتصور الاقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة . وفي هذا المعنى نصت المادة ١٦٥ من المشروع على أنه « ١ - يجب أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا في يد المتعاقد وقت الاقالة .

٢ - واذا هلك بعض المعقود عليه أو حصل التصرف فيه ، صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من العوض » .

وقد اختلف الفقه الاسلامي في تكييف الاقالة . فيرى ابو حنيفة أن الاقالة فسخ في حق المتقايلين ، وبيع جديد في حق الغير . ويرى ابو يوسف أنها بيع جديد في حق المتقايلين وفي حق الغير . وهذا أيضا هو الرأي في مذهب مالك . ويرى محمد أنها فسخ في حق المتقايلين في حق الغير . وهذا أيضا هو الرأي في مذهب الشافعي ومذهب أحمد . ويرى زفر أنها فسخ في حق المتقايلين وفي حق الغير (انظر في هذا البدائع ج ٥ ص ٣٠٦ - ٣٠٨ . الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٩٤ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٦٩ - ٢٧٧) .

وقد أخذ المشروع في هذا الصدد برأي الامام أبي حنيفة . فنصت المادة ١٦٦ من المشروع على أن « الاقالة في حق المتعاقدين فسخ ، وفي حق الغير عقد جديد » . ويترتب على اعتبار الاقالة فسخا فيما بين المتعاقدين ان تزول العقد المقال منه بأثر رجعي ، فيعتبر العقد كان لم يكن . فاذا كان العقد المقال منه بيعا ، فان الملكية التي انتقلت الى المشتري في هذا العقد تزول بأثر رجعي ، فيعتبر المشتري أنه لم يكن مالكا قط . ويستثنى من ذلك عقد المدة ، اذ ان طبيعة هذا العقد تأبى الرجوع فيما تم تنفيذه منه ، لان الزمن معقود عليه في هذا العقد وما مضى من الزمن لا يعود ، ولذلك فان الاثر الرجعي لا يسري في شأن ما تم تنفيذه من هذا العقد .

ويترتب على اعتبار الاقالة عقدا جديدا بالنسبة الى الغير أنها لا تمس حقوق الغير . فاذا كان العقد المقال منه بيعا ، فان العين تعود الى البائع محملة بما ترتب عليها للغير من حقوق كرهن في الفترة ما بين البيع والاقالة . واذا كان العقد المقال منه قد سجل وجب أيضا تسجيل عقد الاقالة . ويأخذ بالشفعة عند التقايل لانه من الغير . والاقالة بيع في حق الغير .

ويخلص مما تقدم أن المشروع في تنظيمه للأقالة اخذ من الفقه الاسلامي حكمين :

الاول : انه اشترط ان يكون المعقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة .

والثاني : أنه جعل الاقالة في حق المتعاقدين فسخا ، وفي حق الغير عقدا جديدا . وفيما عدا ذلك من الأحكام تسري القواعد العامة .

الفصل الثاني

الارادة المنفردة

(مادة ١٦٧)

١ - لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك .

٢ - وتسري على الارادة المنفردة احكام العقد ، الا اذا كانت هذه الاحكام تتعلق بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام او كانت تتعارض مع نص القانون .

هذه المادة مستحدثة .

وكان النص المقترح في المشروع التمهيدي ، وهو المادة ٢٢٨ ، للتقنين الحالي يجري على النحو الآتي :

« ١ - اذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان لمدة معينة ، فان هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه الى علم من وجه اليه ، مادام هذا لم يرفضه .

٢ - وتسري على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود الا ما يتعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام .

٣ - يبقى الايجاب في العقود خاضعا للاحكام الخاصة به ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة موجه الى الجمهور » .

وهذا النص الذي ورد في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي كان يجعل من الارادة المنفردة مصدرا للالتزام بوجه عام ، ثم حذف في لجنة المراجعة عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الارادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الارادة المنفردة تنشيء التزاما . وقد ترتب على هذا الحذف أن أصبح النص الوحيد الموجود في الفصل الخاص بالارادة المنفردة هو نص الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور في المادة ١٦٢ من التقنين الحالي . وعلى أثر ذلك وجد خلاف في الفقه . فذهب رأي الى أنه بعد حذف النص المقترح لم تعد الارادة المنفردة مصدرا للالتزام واصبحت الالتزامات الناشئة عنها تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة بحيث صار نص القانون

هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات . بينما ذهب رأى آخرالى اعتبار الارادة المنفردة مصدرا استثنائيا للالتزام ، لان الالتزامات التى يكون القانون مصدرا مباشرا لها لا تستند الا الى وقائع مادية ، أماالالتزامات التى تنشئها الارادة المنفردة فمصدرها المباشر هو هذه الارادة . وهذا هو الراى الذى يعتنقه الفقه الحديث فى المانيا وايطاليا وفرنسا ، ويقول به اغلب الفقه فى مصر ، كما هو مسلك التشريعات الحديثة :

فالتقنين الألمانى ينص فى المادة ٣٠٥ على أن « انشاء الالتزام بمقتضى تصرف قانونى لا يكون الا بعقد ، عدا الاحوال التى ينص فيها القانون على خلاف ذلك » .

والتقنين الايطالى ينص فى المادة ١٩٨٧ على أن « الوعد المنفرد بالقيام باداء لا يكون له أثر ملزم فى غير الأحوال التى نص عليها القانون » .

والتقنين العراقى ينص فى المادة ١٨٤ على ما يأتى :

« ١ — لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك .

٢ — ويسرى عليها مايسرى على العقد من احكام الا ما يتعلق منها بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام » .

والتقنين الليبى ينص فى المادة ٦٥ على ما يأتى :

« ١ — اذا نص القانون على أن تكون الارادة المنفردة مصدرا للالتزام سرى عليها ما يسرى على العقد من أحكام ، الا اذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الارادة أو كانت تتعارض مع نص القانون .

٢ — وتسرى بوجه عام احكام العقد على الارادة المنفردة باعتبارها تصرفا قانونيا يرتب آثارا أخرى غير انشاء الالتزام » .

ويلاحظ ان هذا النص الوارد فى التقنين الليبى متأثر بالرأى الفقهى الذى أشير اليه والذى يذهب الى أن نص القانون هو المصدر المباشر للالتزامات التى تكون الارادة المنفردة مصدرا لها بمقتضى النص .

والتقنين الاردنى : ينص فى المواد من ٢٥٠ الى ٢٥٣ على ما يأتى :

م ٢٥٠ : « يجوز أن يتم التصرف بالارادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول مالم يكن فيه الزام الغير بشىء وذلك طبقا لما يقضى به القانون » .

م ٢٥١ : « ١ — تسرى على التصرف الانفرادى الأحكام الخاصة بالعقود الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لنشوء العقد وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك » .

٢ — ويبقى الايجاب فى العقد خاضعا للأحكام الخاصة به » .

م ٢٥٢ : اذا استوفى التصرف الانفرادى ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه مالم ينص القانون على غير ذلك » .

م ٢٥٣ : « ١ — اذا كان التصرف الانفرادى تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف اليه الا بقبوله .

٢ — واذا كان اسقاطا فيه معنى التمليك أو كان ابراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه ولكن يرتد برده فى المجلس .

٣ — اذا كان اسقاطا محضا فيثبت حكمه ولا يرتد بالرد .

٤ — كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه » .

والتقنين الكويتى فى المادة ٢٢٠ على ما يأتى :

« ١ — التصرف القانونى الصادر بالارادة المنفردة لا ينشىء التزاما ولا يعدل فى التزام قائم ولا ينهيه ، الا فى الأحوال الخاصة التى ينص عليها القانون .

٢ — فان قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالارادة المنفردة ، سرى على هذا التصرف مايسرى على العقد بوجه عام من أحكام القانون ، الا ماكان منها متعارضا مع قيام التصرف على الارادة الواحدة وعلى الأخص ما تعلق بتوافق ارادتى طرفى العقد » .

والفقه الاسلامى يعترف للارادة المنفردة بالقدرة على انشاء الالتزام ، ويميز فى هذا الصدد بين الالتزام والوعد والنذر ، ولكنه يختلف فى مدى التقيد بتصرف من هذه التصرفات (انظر البدائع ج ٥ ص ٨١ وما بعدها وج ٦ ص١١٥ — ٢١٤ . وانظر عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٤١ — ٤٦) .

وفى ضوء كل ماتقدم فان النص المقترح يقف بالارادة المنفردة عند حد كونها مصدرا استثنائيا للالتزام ، فلا تعتبر كذلك الا فى الحالات التى ينص فيها القانون على الالتزام بالارادة المنفردة .

(مادة ١٦٨)

١ — من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

٢ — واذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده باعلان يوجهه للجمهور ، على الا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع فى خلال ستة اشهر من تاريخ اعلانه العدول للجمهور » .

هذه المادة تطابق المادة ١٦٢ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « ولا تسمع » بعبارة « وتسقط » فى الفقرة الثانية .

وتقابل المادة ١٨٥ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٢٥٥ من التقنين الأردنى .

وتقابلها المواد ٢٢١ — ٢٢٦ من مشروع التقنين الكويتى .

وتتضمن المادة المقترحة تطبيقا للالتزام بارادة منفردة ، حيث يلتزم من يوجه الى الجمهور وعدا بجائزة عن عمل معين بارادته المنفردة .

ويتفق هذا التطبيق مع ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى من التزام الواعد بوعده (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٤٥)

الفصل الثالث
العمل غير المشروع

الفرع الأول
المسئولية عن الأعمال الشخصية

(مادة ١٦٩)

١ – كل فعل سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ولوكان غير مميز .

تتناول هذه المادة القاعدة فى المسئولية عن الأعمال الشخصية ، فهى بهذه المثابة تعتبر القاعدة العامة فى المسئولية عن العمل غيرالمشروع.
وهذه المادة يقابلها فى التقنين الحالى المادتان الاتيتان :
م ١٦٣ : « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » .
م ١٦٤ : « يكون الشخص مسئولا عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .
١ – ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » .

وتقابلها فى التقنين العراقى المواد الآتية :

م ١٨٦ : « ١ – اذا اتلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسببا ، يكون ضامنا ، اذا كان فى احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى .

٢ – واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدى منهما ، فلو ضمنا معا كانا متكافلين فى الضمان » .

م ١٩١ : « ١ – اذا اتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

٢ – واذا تعذرالحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز أو مجنونا ، جاز للمحكمة أن تلزم الولى أو القيم أو الوصى بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر .

٣ – عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعى فى ذلك مركز الخصوم » .

م ٢٠٢ : « كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أى نوع آخر من أنواع الايذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر » .

م ٢٠٤ : « كل تعد يصيب الغير بأى ضرر آخر غير ماذكر فى المواد السابقة يستوجب التعويض » .

م ٢١٦ : « ١ – لا ضرر ولا ضرار . والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم .

٢ – فلو أتلف أحد مال غيره فى مقابل اتلافه هذا لماله كان كل منهما ضامنا للآخر ماأتلف . ولو انخدع شخص فأخذ دراهم زائفة من شخص آخر فليس له أن يصرفها الى غيره » .

وتقابلها فى التقنين الأردنى المواد الآتية :

م ٢٥٦ : « كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولوغير مميز بضمان الضرر» .

م ٢٥٧ : « ١ – يكون الاضرار بالمباشرة أو التسبب .

٢ – فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولاشرط له واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدى أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا الى الضرر » .

م ٢٥٨ : « اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر » .

م ٢٦٠ : « ليس لمن اتلف ماله شخص أن يتلف مال ذلك الشخص والا ضمن كل منهما ما أتلفه » .

م ٢٧٣ : « ما يجب من مال فى الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجانى غير مميز هو على العاقلة أو الجانى للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون » .

م ٢٧٤ « رغما عما ورد فى المادة السابقة ، كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو ايذاء يلزم بالتعويض عما احدثه من ضرر للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين أو من كان يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار » .

م ٢٧٥ : « من اتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين » .

م ٢٧٨ : « اذا أتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

وتقابلها فى التقنين الكويتى المادة ٢٢٧ التى تنص على ما يأتى :

« ١ – كل من أحدث بخطئة ضررا بغيره يلتزم بتعويضه ، سواءكان فى أحداثه الضرر مباشرا أو متسببا

٢ – ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشىء عن فعله الخاطىء ولو كان غير مميز » .

وفى الفقرة الأولى من النص المقترح تتضح أركان المسئولية التقصيرية وهى ثلاثة:الفعل الضار والضرر وعلاقةالسببية بين الفعل والضرر.وهذه الأركان جميعها واجبة الاثبات . غير أنه يلاحظ أن النص المقترح جاء فيه لفظ « فعل » بدلا من لفظ « خطأ » الوارد فى نص التقنين الحالى. وهذا التغيير مقصود . ومقتضاه أن يتوزع عبء الاثبات على عاتق الطرفين فى الدعوى . حيث يكتفى من المضرور باثبات الفعل الذى ترتب عليه الضرر ، أى اثبات نسبة هذا الفعل الى المدعى عليه . ويبقى على هذا الأخير أن يقيم الدليل على أن الفعل المنسوب اليه مما يجوز له أن يأتيه شرعا ، فاذا نجح فى هذا الاثبات اندفعت المسئولية عنه ، لان الجواز الشرعى ينافى الضمان ، واذا لم ينجح قامت مسئوليته . وبذلك يتوزع عبء الاثبات بين الطرفين ، الأمر الذى يخفف عن المضرور عبء اثبات خطأ يصعب اثباته فى كثير من الحالات .

وقد يبدو لاول وهلة أن هذا التغيير لا ينطوى على أهمية له من الناحية العملية ، لا سيما اذا عرفنا أن ما يحصل عملا هو أن يبادر كل من الطرفين منذ البداية الى تقديم ما يراه من أدله لصالحه . ولكن مع ذلك فان التطبيق العملى قد يسفر عن صور لم تخطر على البال ، فيكون من الأفضل تحديد عبء الاثبات على هذا النحو . اذ أن لهذا التحديد أهميته لمعرفة من يكسب الدعوى ومن يخسرها ، فالذى لا يقع عليه عبء الاثبات لا يخسر الدعوى اذا أخفق فى التدليل على ما يدعيه .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن الفقه الاسلامى عنى بذكر تطبيقات عديدة للقاعدة العامة فيما يتعلق بالفعل الضار ٠ فتحدث عن اتلاف المال ، والغصب ، والأفعال الضارة التى تقع على النفس ٠ وقلده فى ذلك التقنين العراقى والتقنين الأردنى ، ولكنهما مع ذلك عادا الى تقرير القاعدة العامة كما هو واضح من النصوص السالفة الذكر ٠

وقد رؤى عدم الاغراق فى التطبيقات والتفاصيل ، والاكتفاء بالقاعدة العامة على النحو الوارد فى النص المقترح ٠ فهذا أسلم من الناحية التشريعية ، وادعى الى ترك الباب مفتوحا أمام الاجتهاد ، لا سيما وأن التطبيقات مهما كثرت لا يتصور أن تكون شاملة كل ما يدخل تحت القاعدة العامة ٠

وهناك مسألة يجب القاء الضوء عليها ، وهى علاقة السببية بين الخطأ والضرر ٠ فالمسئولية ، سواء كانت عقدية أو تقصيرية ، تقوم على أركان ثلاثة ، هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ٠ فلا يكفى لقيام المسئولية أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل لابد أن يكون الخطأ هو السبب الذى أدى الى وقوع الضرر ٠ ومعرفة ما اذا كانت السببية قد قامت بين الخطأ والضرر أم لم تقم مسألة يدق النظر فيها حين تتعدد الأسباب التى أدت الى وقوع الضرر ٠ ولذلك تعددت فيها النظريات سواء فى فقه القانون الوضعى أو فى الفقه الاسلامى ٠ ومن النظريات التى جاءت فى الفقه الاسلامى أن المباشر ضامن وان لم يتعمد (م ٩٢ من المجلة) ، والمتسبب لا يضمن الا بالتعمد (م٩٣ من المجلة) ، واذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر (م ٩٠ من المجلة) ٠ وبها أخذ التقنين العراقى والتقنين الأردنى والتقنين الكويتى ٠ ولكنها ليست النظرية الوحيدة فى الفقه الاسلامى ٠ والنص على نظرية معينة ليس عملا سليما من الناحية التشريعية ، حيث يحسن أن يترك الباب مفتوحا أمام الاجتهاد ٠ وكما خضعت الفكرة لتطور فى فقه القانون الوضعى يحسن أن تترك كذلك للتطور فى الفقه الاسلامى ٠

لهذا رؤى عدم الاشارة فى النص المقترح أو فى غيره الى نظرية بعينها فى خصوص علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر ٠

أما عن مسئولية عديم التمييز فقد رؤى فى النص المقترح أن يؤخذ بما يقرره الفقه الاسلامى ، حيث تكون القاعدة هى مسئولية عديم التمييز عن الفعل الضارالذى يصدر منه ، فلا تكونمسئوليته على سبيل الاستثناء كما يقضى التقنين الحالى ٠ ووجه العدالة ظاهر فى الحل المقترح والذى يأخذ به الفقه الاسلامى ٠ والاتجاه الان نحو التوسع فى الحالات التى تقوم فيها المسئولية على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ ٠ ولعل فيما عرضنا له من توزيع عبء أثبات الفعل الضاربين طرفى الدعوى ما يشير الى الرغبة فى أن نخطو خطوة فى هذا الطريق ، (انظر م ٩١٦ من المجلة) ٠

(انظر م ٨٨١ ــ ٩٢٥ من المجلة)

(مادة ١٧٠)

اذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز ، وتعذر الحصول على التعويض من ماله ، جاز للقاضى ان يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض » ٠

هذه المادة تقابل المادة ١٦٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

«١ ــ يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ٠

٢ ــ ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » ٠

وتقابل المادة ٢٩١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

«١ ــ اذا أتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله ٠

٢ ــ واذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز أو مجنونا جاز للمحكمة أن تلزم الولى أو القيم أو الوصى بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر ٠

٣ ــ عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعى فى ذلك مركز الخصوم » ٠

وتقابل فى التقنين الادنى المادتين الاتيتين :

م ٢٥٦ : « كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر» ٠

م ٢٧٨ : «اذا أتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » ٠

وتقابل المادة ٢٢٧ / ٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « ومع ذلك يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشىء عن فعله الخاطىء ولو كان غير مميز » ٠

وحكم المادة المقترحة ييسر للمضرور الحصول على التعويض اذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعذر الحصول على التعويض من ماله ٠حيث يجوز للقاضى فى هذه الحالة ان يلزم من هومسئولعنهبمبلغ التعويض كولى أو وصى أو قيم او مكلف بالرقابة ٠ يكون لهذا المسئول اذا استطاع ان ينفى الخطا عن نفسه ، ان يرجع فيما بعد علىعديمالتمييز (قارن م ٩١٦ من المجلة) ٠

(مادة ١٧١)

يعتبر فعلا ضارا يستوجب المسئولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه فى النفس او العرض او المال ، اذا كان فى مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون أن يتعرض لخطر ٠

هذه المادة مستحدثة ٠

وهى تتناول واجبا يفرضه الشرع حماية للنفس أو العرض أو المال ٠ فاذا وجد شخص غيره يتعرض لاذى فى نفسه أو اعتداء على عرضه او غصب أو اتلاف لماله وجب عليه أن يبادر الى انقاذ هذا الغير كىيحمى نفسه أو يصون عرضه أو يحفظ ماله ، مادام ان لدية القدرة على هذا

الانقاذ دون أن يتعرض لخطر • فان قصر فى اداء هذا الواجب تحققت مسئوليته • كأن يرى سباح شخصا يشرف على الغرق فيمتنع عن نجدته رغم قدرته على انقاذه دون أن يتعرض لخطر • او يرى شخصا آخر يخطف أنثى وهى تستغيث فيقعد عن نجدتها رغم قدرته على ذلك • أو يرى شخصا آخر يخطف مال غيره ويفر به فلا يبادر الى تتبعه لاسترداد المال منه رغم أن فى وسعه ذلك ، أو يراه يضرم النار فى مال غيره فلا يمنعه من ذلك رغم أن هذا المنع فى استطاعته •

وقد ثار بحث هذه المسالة فى فقه القانون الوضعى الحالى فى شأن حالات الامتناع عن تقديم يد المعونة التى لم ينص فيها القانون على واجب محدد • فكان الرأى أن الشخص لا يكون مسئولا حتى لو امتنع عن عمل فيه مصلحة محققه لآخر ، وذلك حماية لحرية الممتنع ولان الواجب حينئذ يكون من قبيل الواجبات الخلقية التى لا يتكفل بها القانون • على أن هذا لا يعنى ، فى نطاق القانون الحالى ، أن المسئولية فى حالة الامتناع لا تقوم الا عند الاخلال بالتزام قانونى محدد يفرض القيام بعمل معين ، كما فى حالة الامتناع عن اضاءة مصباح السيارة أثناء السير ليلا • فهناك حالات يكون الامتناع فيها موجبا للمسئولية رغم عدم وجود التزام قانونى محدد ، وذلك حين يكون هذا الامتناع اخلالا بواجب عام يقضى باتخاذ ما يلزم لحمايه الغير فى ظروف معينة • فمثلا يجب على مصلحة السكك الحديدية أن تتخذ ما يلزم لتنبيه الجمهور الى الخطر عند اجتيازه الممرات السطحية التى تعبر خطوطها الحديدية • ويجب على مصلحة التنظيم عندما تحفر حفرة فى الطريق أثناء القيام بعمل يقتضى ذلك أن تضع بجانبها اشارة تنبه المارة الى وجودها • بل ان هذا الواجب العام قد تفرضه تقاليد مهنة معينة • فالطبيب الذى يجد فى الطريق شخصا أصيب فى حادث بحيث أصبح فى حاجة الى انقاذ سريع يجب يجب عليه أن يبادر الى انقاذه ، فان امتنع الطبيب عن ذلك كان مخطئا وتحققت مسئوليته •

وجدير بالذكر فى هذا المقام ان قانونا صدر فى فرنسا سنه ١٩٤٥ عدل الشارع الفرنسى بموجبه المادة ٤٥ من تقنين العقوبات الفرنسى، بحيث أصبح امتناع الشخص عن تقديم المساعدة جريمة اذا كان فى استطاعته دون خطر عليه أو على غيره أن يمنع فعلا يعد جناية أو جنحة ضد سلامة الغير ولا يمنعه ، أو كان يعلم دليل براءة معتقل أو محكوم عليه فى جناية أو جنحة ولا يتقدم للادلاء بشهادته أمام القضاء أو الشرطة • وهاتان حالتان يعتبر الممتنع فيهما آثما شرعا •

ويأتى النص المقترح ليقرر واجبا قانونيا محددا فى هذا الصدد ، فيغنينا عن تلمس الحالات التى يكون الامتناع فيها عن تقديم يد المعونة موجبا للمسئولية • فهو يقرر قاعدة من شأنها أن ترتفع بالواجب الخلقى الذى يفرضه الشرع الى مستوى الواجب القانونى الذى يستوجب المسئولية • وحرى بالمجتمع الاسلامى أن يأخذ بقاعدة على هذا النحو تستوعب جميع الحالات التى يقعد فيها الشخص عن المبادرة الى انقاذ الغير من خطر يداهمه فى النفس أو العرض أو المال رغم استطاعته ذلك •

(مادة ١٧٢)

اذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبى لا يد له فيه ، كقوة قاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك •

تتناول هذه المادة السبب الأجنبى الذى من شانه أن يقطع علاقة السببية بين فعل المدعى عليه فى دعوى المسئولية والضرر الذى أصاب المدعى فى هذه الدعوى •

وهى تطابق فى حكمها المادة ١٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه، كحادث مفاجىء أو قوى قاهره او خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » •

وتطابق فى حكمها المادة ٢١١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائى أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » •

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦١ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه «اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائى أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك » •

وتطابق فى حكمها المادة ٢٣٣ من التقنين الكويتى التى تنص على انه « اذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى عنه لا يد له فيه كقوة قاهرة أو حادث فجائى أو فعل المضرور أو فعل الغير، كان غير ملزم بالتعويض ، وذلك ما لم يوجد نص يقضى بغيره » •

ولم يرد فى النص المقترح ذكر للحادث المفاجىء الذى ذكرته النصوص المقابلة لأنه يعتبر من قبيل القوة القاهرة ، ولذلك لا يفرق الفقه بينهما فى الحكم • وكذلك لم تذكر فى النص المقترح الآفة السماوية التى ذكرها النصان العراقى والاردنى نقلا عن الفقه الاسلامى لانها أيضا تعتبر من قبيل القوة القاهرة •

(مادة ١٧٣)

١ – الضرورات تبيح المحظورات ، ولكنها تقدر بقدرها •

٢ – فمن احدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه او عرضه او ماله او عن نفس الغير او ماله ، كان غير مسئول ، على الا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، والا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة •

تتناول هذه المادة حالة الدفاع الشرعى •

والفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة • وهى تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢١٢ من التقنين العراقى •

والفقرة الثانية من هذه المادة تطابق المادة ١٦٦ من التقنين الحالى •

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « فمن أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول على ألا يجاوز فى ذلك القدر الضرورى ، ولا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه متضيات العدالة » •

وتقابل المادة ٢٦٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن « من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير او ماله كان غير مسئول على ألا يجاوز قدر الضرورة والا أصبح ملزما بالضمان بقدر ما جاوزه » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٣٥ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتضمن المبدأ الشرعي الذي يقول به الفقه الاسلامي والذي يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقا له (م ٢١ و٢٢ من المجلة) .

(مادة ١٧٤)

١ – يختار اهون الشرين . فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمها ضررا بارتكاب أخفهما ، ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف . ولكن الاضطرار لايبطل حق الغير ابطالا كليا .

٢ – فمن اضطر الى أن يلحق ضررا بالغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا .

والفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من التقنين العراقي .

والفقرة الثانية من هذه المادة تقابل المادة ١٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرا على الضرر الذي سببه لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبا » .

وتقابل المادة ٢٣٦ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتضمن المبدأين الشرعيين اللذين يقول بهما الفقه الاسلامي والذي يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقا لهما (م ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٣ من المجلة) .

(مادة ١٧٥)

لايكون الموظف العام مسئولا عن فعله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيس ، متى كانت اطاعة هذا الأمر واجبة عليه ، أو كان يعتقد انها واجبة ، واثبت أنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذي وقع منه . وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة ، وانه راعى في عمله جانب الحيطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٦٧ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي طفيف .

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٢١٥ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٣٧ من التقنين الكويتي .

وهي تعتبر تطبيقا لمبدأ شرعي يقول به الفقه الاسلامي ، حيث يقضي بان « يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر مالم يكن مجبرا» (م٨٩ من المجلة) .

الفرع الثاني

المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

١ – المسئولية عن عمل الغير

(مادة ١٧٦)

١ – كل من يجب عليه قانونا او اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ،يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، وذلك مالم يثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

٢ – ويعتبر القاصر في حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه في المدرسة او المشرف في الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم او المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج اذا كانت الزوجة في كنف متولي الرقابة .

هذه المادة تقابل المادة ١٧٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – كل من يجب عليه قانونا او اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره او بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

٢ – ويعتبر القاصر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها او الى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣ – ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة ، او أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولا – حذف من الفقرة الأولى العبارة الأخيرة فيها ، وهى التى تفيد التزام المكلف بالرقابة بالتعويض ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز ، حيث صار حكمها مسلما بعد أن اصبحت القاعدة فى النصوص المقترحة هى التزام من يقع منه الفعل الضار بالتعويض ولو كان غير مميز .

ثانيا – اضيفت فى آخر الفقرة الثانية عبارة « اذا كانت الزوجة فى كنف متولى الرقابة » . وذلك لقصر مسئولية متولى الرقابة على الزوج على الحالة التى تكون فيها الزوجة فى كنف متولى الرقابة على زوجها ، لأنه اذا كانت الزوجة منفصلة عن الزوج فلا محل لمساءلة متولى الرقابة عن أفعالها الضارة .

ثالثا – ادمج حكم الفقرة الثالثة مع حكم الفقرة الأولى .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢٣٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل الفقرة الأولى (أ) من المادة ٢٨٨ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : «لا يسأل أحد عن فعل غيره . ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رأت مبررا أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر .

أ – من وجبت عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية الا اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » .

وتقابل المادة ٢١٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١– يكون الأب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه الصغير .

٢ – ويستطيع الأب او الجد أن يتخلص من المسئولية اذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو ان الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب » .

وحكم المادة المقترحة ، اذ يلزم المكلف بالرقابة بتعويض الضرر الناجم عن فعل الخاضع لرقابته ، واذ يقيم قرينة تخفف عبء الاثبات عن المضرور فى هذا الصدد ، انما يهدف الى حماية المضرور وتيسير حصوله على التعويض . ويبقى أمام المكلف بالرقابة ان يرجع بما أداه من تعويض على الخاضع للرقابة وبذلك فان هذا الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٧٧)

١ – يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بفعله الضار ، متى كان واقعا منه فى حال تادية وظيفته او بسببها .

٢ – وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه .

هذه المادة تطابق المادة ١٧٤ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٤٠ من التقنين الكويتى .

وتقابل الفقرة الأولى (ب) من المادة ٢٨٨ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : «لا يسأل أحد عن فعل غيره . ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رأت مبررا أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر :

ب – من كانت له على من وقع منه الاضرار سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حرا فى اختياره اذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع فى حال تادية وظيفته أو بسببها » .

وتقابل المادة ٢١٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التى تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسئولون عن الضرر الذى يحدثه مستخدموهم ، اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم .

٢ – ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسئولية اذا أثبت أنه بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو بذل هذه العناية » .

ويلاحظ ان المسئولية فى حكم النص الذى نحن بصدده تقررها قاعدة موضوعية ، بمعنى ان القاعدة الواردة فى هذا النص تقرر حكما موضوعيا وليست قاعدة اثبات . ومن ثم فهى لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ المتبوع . وما يقال من أنها تشتمل على قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس قول ليس له معنى قانونى . فهو ليس الا تعبيرا غير سليم عن قاعدة موضوعية . ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك فى صحتها ، اذ الدليل لابد أن يقبل اثبات العكس ، فاذا امتنع هذا الاثبات اصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية .

كما ان هذه المسئولية تقوم على فكرة الضمان . فقد راى الشارع لاعتبارات تقوم على التكافل الاجتماعي ان يضمن المتبوع خطأ تابعه الذي يقع أثناء تادية الوظيفة أو بسببها ويترتب عليه ضرر يصيب الغير · ولا وجه لان يعترض على هذا النظر بأن الكفالة هنا مقررة رغم ارادة الكفيل ، لاننا بصدد ضمان يفرضه القانون لاعتبارات معينة حتى ييسر للمضرور الحصول على التعويض ·

وما دام ان هذا هو الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع ، فان هذه المسئولية تتحقق حتى لو كان المتبوع غير مميز · اذ القانون هو مصدر الضمان الذى تقوم عليه هذه المسئولية ، ومن ثم لايشترط التمييز لقيامها ·

ويبنى على ذلك انه اذا توفرت شروط مسئولية المتبوع فان هذه المسئولية تتحقق دون ان يكون فى وسع المتبوع أن يدرأها عن نفسه بأية وسيلة ، اذ لا تصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها.

وما يقال من أن المتبوع يستطيع أن يدفع مسئوليته بنفى مسئولية التابع استنادا الى سبب أجنبى قول تعوزه الدقة · اذ أن مسئولية المتبوع لاتقوم الا اذا تحققت مسئولية التابع ، فاذا انتفت هذه الأخيرة فان الاولى لا تقوم لعدم توافر الشروط اللازمة لذلك . ويبقى أمام المتبوع أن يرجع بما أداه من تعويض على تابعه ·

وحكم المادة المقترحة ، اذ يلزم المتبوع بضمان الفعل الضار الذى يقع من تابعه ، انما يهدف الى حماية المضرور وتيسير حصوله على التعويض على أساس من التكافل الاجتماعى . ويبقى امام المتبوع ان يرجع بما اداه من تعويض على تابعه . وبذلك فان هذا الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التى تدعو الى التكافل الاجتماعى والأخذ بيد المضرور كلما امكن ذلك .

(مادة ١٧٨)

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما دفعه من تعويض عن الضرر الذى أحدثه هذا الغير ·

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٧٥ من التقنين الحالى التى تنص على ان « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » ·

وتطابق فى حكمها المادة ٢٢٠ من التقنين العراقى التى تنص على ان « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه » ·

وتطابق فى حكمها المادة ٢/٢٨٨ من التقنين الأردنى التى تنص على مايأتى : « ولمن ادى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به » ·

وتطابق فى حكمها المادة ٢٤١ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « للمسئول عن عمل الغير أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضرور تعويضا عن عمله غير المشروع » ·

وحق المسئول فى الرجوع على الغير بما دفعه للمضرور يرجع الى انه ضامن وليس مسئولا مسئولية شخصية . وبذلك يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التى تقضى بأنه لا يسأل أحد عن فعل غيره · وهو ما جاء فى الآية الكريمة : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » ·

٢ - المسئولية الناشئة عن الاشياء

(المادة ١٧٩)

كل من تولى حراسة شىء يكون مسئولا عما يحدثه هذا الشىء من ضرر للغير ، سواء اكان هذا الشىء حيوانا أم جمادا ، وسواء اكان منقولا أم عقارا ·

هذه المادة تقابل المواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة اولى و ١٧٨ من التقنين الحالى ·

فالمادة ١٧٦ من هذا التقنين تنص على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان او تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب اجنبى لا يدله فيه » ·

فالمادة ١/١٧٧ من هذا التقنين تنص على أن « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، مالم يثبت أن الحادث لايرجع سببه الى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه » ·

والمادة ١٧٨ من هذا التقنين تنص على أن « كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايدله فيه · هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » ·

وقد رؤى تعميم مبدأ المسئولية الناشئة عن الأشياء بحيث تشمل المسئولية عن فعل الحيوان ، وعما ينشأ من ضرر بفعل البناء أياكان سبب الضرر انهداما أو غيره ، وكذلك المسئولية عن سائر الأشياء، سواء أكانت الات ميكانيكية أم أشياء تتطلب حراستها عناية خاصةأم غير ذلك ، وتوحيد الحكم فى جميع هذه الحالات ، اذ لا مبرر للمغايرة فى مسئولية حارس الأشياء المختلفة ولا لقصر مسئولية حارس البناء على حالة دون أخرى · ولذلك صيغ نص المادة المقترحة بحيث يشمل أحكام المواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة أولى و ١٧٨ من التقنين الحالى بعد تعديل نصوص هذه المواد على النحو التالى :

فالنص المقترح يتضمن حكم المادة ١٧٦ من التقنين الحالى بعد أن استبعدت منها عبارة « ولو لم يكن مالكا له» لعدم فائدتها ، وكذلك عبارة « ولو ضل الحيوان أو تسرب » لايراد حكمها فى الفقرة الثالثة من المادة ١٨٠ المقترحة ·

كما تتضمن حكم المادة ١٧٧ فقرة اولى من التقنين الحالى بعد تعديل حكمها بحيث يسرى على جميع الاضرار التى تنشأ بفعل البناء دون الاقتصار على مايحدثه انهدام البناء من ضرر .

وتشمل كذلك الحكم الوارد فى المادة ١٧٨ بعد أن استبعدت منها عبارة « أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو آلات ميكانيكية» بقصد تعميم المسئولية الناشئة عن الأشياء ، بحيث تشمل كل ضرر ينشأ بفعل شىء أيا كان هذا الشىء · كما استبعدت من النص عبارة « هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » · لعدم فائدتها·

والنص المقترح تقابله المادة ٢٤٤٣/١ و ٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ، مالم يثبت ان هذا الضرر قد وقع بسبب اجنبي من قوة قاهرة او حادث مجائي او فعل المضرور أو فعل الغير .

٢ – وتعتبر من الاشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها ، السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الاخرى والآلات الميكانيكية والسفن ، والأسلحة والاسلاك والمعدات الكهربائية ، والحيوانات ، والمباني ، وكل شيء آخر يكون ، بحسب طبيعته أو بحسب وضعه ، مما يعرض للخطر » .

وتقابله المواد ٢٢١ – ٢٢٦ و ١/٢٢٩ و ٢٣١ من التقنين العراقي

وتقابله المواد ٢٨٩ و ١/٢٩٠ و ٢٩١ من التقنين الأردني .

ويلاحظ ان المسئولية في حكم النص المقترح تقررها قاعدة موضوعية ، بمعنى ان القاعدة الواردة في هذا النص تقرر حكما موضوعيا وليست قاعدة اثبات . ومن ثم فهي لاتتضمن قرينة قانونية على خطأ الحارس . وما يقال من أنها تشتمل على قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس قول ليس له معنى قانوني . فهو ليس الا تعبيرا غير سليم عن قاعدة موضوعية . ذلك ان فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها ، اذ الدليل لابد أن يقبل إثبات العكس ، فاذا امتنع هـذا الاثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقيـة .

كما ان هذه المسئولية تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي ، فهي مسئولية أساسها الضرر وليس الخطأ ، وبذلك توفر حماية للمضرور اكثر من تلك التي توفرها النصوص المقابلة في التقنين العراقي والتقنين الأردني .

ويبنى على ذلك انه اذا توفرت شروط هذه المسئولية : واهمها ان يكون الضرر قد وقع للغير بفعل الشيء بأن يكون الشيء قد تدخل تدخلا ايجابيا كان هو السبب في احداث الضرر ، فان هذه المسئولية تتحقق دون ان يكون في وسع الحارس أن يدرأها عن نفسه بأية وسيلة ، اذ لاتصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها .

وما يقال من ان الحارس يستطيع أن يدفع مسئوليته بنفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع ، وذلك باثبات ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي قول يعوزه الدقة . اذ ان مسـئولية الحارس لا تقوم الا اذا ثبت ان ضررا أصاب الغير بفعل الشيء بالمعنى الذي تقدم ذكره ، فاذا لم يثبت ذلك فان مسئولية الحارس لاتتحقق لعدم توفر الشروط اللازمة لقيامها .

ولهذا اغفلنا في النص المقترح العبارة الأخيرة في نص المادة ١٨٦ ونص المادة ١٧٨ من التقنين الحالي التي تقول « مالم يثبت الحارس ان وقوع الحادث (أو الضرر) كان بسبب أجنبي لايد له فيه » .

وقيام هذه المسئولية على فكرة التضامن أو التكافل الاجتمـاعي ، باعتبار أن اساسها الضرر وليس الخطأ ، يجعلها متفقة مع القاعدة الشرعية التي تدعو الى التكافل الاجتماعي (انظرم ٨٧ و ٨٨ و ٩٢٦ و ٩٢٩ و ٩٣٤ من المجلة) .

(مادة ١٨٠)

١ – يعتبر حارسا للشيء من له بنفسه أو بوساطة غيره سلطة فعلية عليه في رقابته والتصرف في أمره لحسابه الخاص ، ولو كـان غير مميز .

٢ – ويفترض ان مالك الشيء هو حارسه ، مالم يثبت ان الحراسة قد انتقلت الى غيره .

٣ – وتظل الحراسة على الحيوان ولو ضل أو تسرب .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تتناول في فقرتها الأولى تعريف الحراسة وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء ، فتتطلب في الحارس ان تكون له سلطة فعلية على الشيء ، سواء كان يباشر هذه السلطة بنفسه او بوساطة غيره تابعه مثلا ، أو من له الولاية عليـه اذا كان غير مميز . وتبرز في الوقت ذاته عدم اشتراط التمييز لدى الحارس مادامت السـلطة الفعلية على الشيء تجوز مباشرتها بوساطة الولي .

وقد قصد بالنص على ذلك حسم الخلاف الذي ثار في هـذا الشأن ، وذلك باختيار الرأي الذي يتسق مع ما استقر عليه الفقـه والقضـاء في مصر فيما يتعلق بعدم اشتراط التمييز لدى المتبوع . والواقع أن قيام مسئولية المتبوع على اساس الضمان وكون الحالة في هذه الحالة قد فرضهـا القانون لا يترك مجالا للشـك في قيام مسئولية المتبوع غير المميز كما فصلنا فيما تقدم . وفي الحالة التي نحن بصددها أيضا ، فان قيام مسئولية الحارس على فكرة التضامن او التكافل الاجتماعي ، وكون أساسها الضرر وليس الخطـأ ، ينبني عليه ان يكون الحارس مسئولا ولو كان غير مميز . فهذا حكم كان يمكن الوصول اليه في يسر بدون نص ، وانما يأتي النص لكي يستبعد اي شك او جدل في هذا الخصوص .

وتفترض الفقرة الثانية من النص أن مالك الشيء هو حارسـه . حيث يعتبر مالك الشيء هو في الاصـل الحارس . وهذا افتراض تنهض به القواعد العامة في عبء الاثبات . فالأصل ان مالك الشيء هو الحارس ، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه . فاذا رفع المضرور الدعوى على المـالك فلا يكون عليـه ان يثبت ان المـالك هو الحارس ، اذ يقوم هذا الافتراض لصالحه ، بل يكون على المالك ان يثبت انه لم يكن هو الحارس وقت وقوع الضرر فيتخلص من المسئولية .

وتقرر الفقرة الثالثة من النص حكما خاصا بحراسة الحيوان كان واردا في التقنين الحالي في المـادة ١٧٦ ، واقتضت صياغة النصوص اضافته الى النص الذي يعرف الحارس ويحدد مناط الحراسة .

(المـادة ١٨١)

يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من شيء في حراسـة آخر ان يطالب مالك هـذا الشيء أو حارسـه باتخـاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطـر ، فان لم يقم المـالك أو الحـارس بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على نفقته .

هذه المـادة تقابل الفقـرة الثانية من المـادة ١٧٧ من التقنـين الحالي التي تنص على انه « يجوز لمـن كان مهددا بضرر يصيبه من

البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه » .

والنص المقترح يعمم الحكم الوارد فى نص التقنين الحالى فى خصوص مسئولية مالك البناء ، بحيث يشمل الحكم جميع الأشياء التى تهدد الغير بضرر ، اذ لا مسوغ لان يخص الشرع حارس البناء بهذا الحكم وحده فى حين ان الحيوان يمكن ان يهدد الغير بالضرر ، وكذلك بعض الاشياء غير الحيه كالمفرقعات وغيرها .

وهذا الحكم وقائى ، أريد به أن يواجه حالة يكون الشخص فيهما مهددا بضرر يصيبه من شىء فى حراسه اخر . فيجوز لمن يهدده الضرر ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، كما يجوز له أن يطالب بذلك الحارس اذا لم يكن هو المالك . ويجوز له فى حاله عدم قيام المالك او الحارس بالتدابير اللازمة رغم المطالبه ان يحصل على اذن من المحكمه فى اتخاذ هذه التدابير على نفقه المالك او الحارس .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ١/٢٤٤ و ٢ من التقنين الكويتى .

الفرع الثالث

احكام عامة

(مادة ١٨٢)

١ ــ اذا تعدد المسئولون عن فعل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر .

٢ ــ وتكون المسئولية فيما بين الشركاء فى ارتكاب الفعل الضار بالتساوى ، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ١٦٩ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

اولا ــ افردت فقرة اولى لتقرر التضامن بين المسئولين عن الفعل الضار ، لان حكمها عام يشمل كل مسئول ، سواء كان مسئولا عن فعله الشخصى او عن فعل الغير او عن الأشياء .

ثانيا ــ افردت فقرة ثانية لبيان توزيع المسئولية بين من اشتركوا بفعلهم الشخصى فى ارتكاب الفعل الضار . واقتضى هذا ان تستبدل عبارة « فيما بين الشركاء فى ارتكاب الفعل الضار » بعبارة « فيما بينهم » . فهذا تعديل فى نص التقنين الحالى قصد به ايضاح أن المسئولية لاتكون بالتساوى الا اذا كان كل مسئول قد أسهم بفعله الشخصى فى ارتكاب الفعل الضار .

أما اذا تعدد المسئولون ، وكان أحدهم مسئولا عن فعله الشخصى والآخر مسئولا عن فعل الغير ، فان المسئولية لا توزع بالتساوى ، اذ قد يتحمل شخص واحد فقط عبء التعويض كله ، كما فى حالة مسئولية المكلف بالرقابة حيث له أن يرجع بما دفعه على الخاضع للرقابة ، وكما فى حالة مسئولية المتبوع حيث له أن يرجع بما دفعه على التابع . والتعديل المقترح يوضح ذلك ، لان المكلف بالرقابة لا يعتبر شريكا للمشمول بالرقابة فى احداث الضرر ، وكذلك المتبوع لا يعتبر شريكا للتابع .

(مادة ١٨٣)

يقدر القاضى التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب ، مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ، وبشرط ان يكون ما اصاب المضرور نتيجة طبيعية للفعل الضار . فاذا لم يتيسر له ان يعين مقدار التعويض تعيينا نهائيا ، فله ان يحتفظ للمضرور بالحق فى ان يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير .

هذه المادة تقابل المادة ١٧٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى ان يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير » .

وجاء فى الفقرة الاولى من المادة ٢٢١ من هذا التقنين ان « التعويض يشمل مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول » .

اما المادة ٢٢٢ من هذا التقنين فتتناول التعويض عن الضرر الادبى الذى تنص عليه المادة التالية فى المشروع المقترح .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٧ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « ١ ــ تقدر المحكمة التعويض فى جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع . ٢ ــ ويدخل فى تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر » .

وكذلك المادة ٢٠٨ من هذا التقنين التى تنص على أنه « اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها ان تحتفظ للمضرور بالحق فى ان يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر فى التقدير » .

وتقابل المادة ٢٦٦ من التقنين الاردنى التى تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ من التقنين العراقى . وكذلك المادة ٢٦٨ من هذا التقنين التى تطابق المادة ٢٠٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٢٣٠ من مشروع التقنين الكويتى ، التى تنص على ما يأتى : « ١ ــ يتحدد الضرر الذى يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التى وقعت والكسب الذى فات ، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .

٢ - وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، اذا لم يكن فى المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذى تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادى » .

وكذلك المادة ٢٤٧ من هذا التقنين .

وما جاء ى المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التى يقول بها الفقه الاسلامى والتى تقضى بان الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وان الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٨٤)

١ - يشمل التعويض الضرر الادبى كذلك . فكل تعد على الغير فى حريته أو فى عرضه أو فى شرفه أو فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعى أو فى اعتباره المالى ، يوجب مسئولية المتعدى عن التعويض .

٢ - وينتقل الحق فى التعويض الى الورثة ، مالم يثبت نزول المضرور عنه ، ولكن لا تجوز حوالته الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٣ - ولا يجوز أن يقضى بالتعويض عما يصيب الشخص من ألم من جراء موت المصاب الا للازواج والاقارب الى الدرجة الثانية .

هذه المادة تقابل المادة ٢٢٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يشمل التعويض الضرر الادبى ايضا ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به امام القضاء .

٢ - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للازواج والاقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

وتختلف المادة المقترحة عن نص التقنين الحالى من الوجوه الآتية :

أولا - اضيفت فى الفقرة الاولى اهم صور الضرر الادبى .

ثانيا - أفردت الفقرة الثانية لحكم انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الى الغير . وهو يختلف عن حكم النص الحالى فى أن انتقال الحق فى التعويض الى الورثة لا يتوقف وفقا للنص المقترح على تحديده بالاتفاق أو رفع الدعوى كما جاء فى النص الحالى ، وانما يتوقف على عدم نزول المضرور عنه . اما حوالة الحق فيه فتتوقف على تقديره بمقتضى اتفاق أو مطالبة الدائن به أمام القضاء .

ثالثا - افردت فقرة ثالثة لحالة التعويض عما يصيب الشخص من الم من جراء موت المصاب .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يتناول حق التعويض الضرر الادبى كذلك . فكل تعد على الغير فى حريته أو فى عرضه أو فى شرفه أو فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعى أو فى اعتباره المالى يجعل المتعدى مسئولا عن التعويض .

٢ - ويجوز أن يقضى بالتعويض للازواج وللاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبى بسبب موت المصاب .

٣ - ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبى الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائى » .

وتقابل المادة ٢٦٧ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٢٠٥ من التقنين العراقى المذكور .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٣١ من التقنين الكويتى .

وما جاء فى المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التى يقول بها الفقه الاسلامى والتى تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٨٥)

١ - يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطا ، كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا ، ويجوز فى هاتين الحالتين الزام المدين بان يقدم تامينا .

٢ - ويقدر التعويض بالنقد . على أنه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يامر باعادة الحال الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم باداء أمر معين متصل بالفعل الضار ، وذلك على سبيل التعويض .

هذه المادة تطابق المادة ١٧١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٠٩ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦٩ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٢٤٦ من التقنين الكويتى .

وما جاء فى المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التى يقول بها الفقة الاسلامى والتى تقضى بأن الضرر يزال (م ٢٠ من المجلة) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٨٦)

يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض او الا يحكم بتعويض ماذا كان المضرور قد اشترك بفعله في احداث الضرر او زاد فيه .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢١٦ من التقنين الحالي التي تنص على أنه «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو الا يحكم بتعويض ما اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر أو زاد فيه» .

وتطابق المادة ٢٦٤ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ٢١٠ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو الا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في احداث الضرر أو زاد فيه او كان قد سوء مركز المدين » .

وتقابل المادة ٢٣٤ من التقنين الكويتي .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الاسلامي والتي تقضي بأن الضرر يزال (م٢٠ من المجلة) ،وان الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ١٨٧)

تسرى على المسائل المتعلقة بالدية والارش القواعد الواردة في هذا الشأن في القانون الجزائي .

هذه المادة مستحدثة .

والدية ، وكذلك الارش وهو جزء من الدية ، عقوبة مالية . وهي تكون مقدرة في حالة القتل وفي حالة الجناية (الجريمة) على مادون النفس على عضو تمكن فيه المماثلة . وتكون غير مقدرة،حيث يترك تقديرها للقاضي ، في حالة الجناية على مادون النفس على ما لا تمكن فيه المماثلة . ويتحقق ذلك بالنسبة الى أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضروب الاذى .

ونظرا الى كون الدية او الارش عقوبة ماليه ، وليست ضمانا أى تعويضا مدنيا ، فان النص المقترح يحيل في شأنهما الى القانون الجزائي .

(مادة ١٨٨)

يجوز للمضرور ، فوق ما يجب له في حالتي الدية والارش ، ان يطالب بالتعويض عن اى ضرر آخر يلحق به .

هذه المادة مستحدثة

وحكمها ملحوظ فيه ان الدية او الارش انما هي مقابل لتلف النفس أو فقد العضو او غير ذلك من ضروب الاذى . وهناك اضرار أخرى تلحق المضرور لخسارة تحل به أو كسب يفوته بسبب عجز عن العمل مثلا ، فيحق له أن يطالب بالتعويض عن هذه الاضرار الأخرى فضلا عما يستحقه من دية او أرش .

(مادة ١٨٩)

يقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسئولية المترتبة على الفعل الضار .

هذه المادة تطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الاردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٥٤ من التقنين الكويتي .

وما جاء في المادة المقترحة يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقضي بأن يتحمل الانسان وزر عمله . وقد جاء في الآية الكريمة : « كل نفس بما كسبت رهينة » .

(مادة ١٩٠)

١ ـ لاتسمع دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاثة سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . ولا تسمع هذه الدعوى في جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار .

٢ ـ على انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجزائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا يمتنع سماعها الا بامتناع سماع الدعوى الجزائية .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٧٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوة في كل حال ، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

٢ ـ على انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمه ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقه ، فان دعوى التعويض لاتسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية » .

وقد استبدل في هذه المادة تعبير « عدم سماع الدعوى » بتعبير « سقوط الدعوى » مع تعديلات لفظية أخرى .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٧٢ من التقنين الاردني وتطابق في حكمها المادة ٢٥٣ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى منها تطابق في حكمها المادة ٢٣٢ من التقنين العراقي .

الفصل الرابع

الاثراء بلا سبب

الفرع الأول

القاعدة العامة

(مادة ١٩١)

كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب شرعي على حساب شخص آخر ، يلتزم في حدود ما اثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الاثراء فيما بعد .

هذه المادة تطابق المادة ١٧٩ من التقنين الحالى مع ابدال لفظ « شرعى » بلفظ « مشروع » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٤٣ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٢٩٣ و٢٩٤ من التقنين الأردنى .

والقاعدة التى تقررها المادة المقترحة تستند الى الحديث الشريف : « لاياخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا » . وكذلك الحديث الشريف: « على اليد ما أخذت حتى تؤدية » (الشوكانى ، نيل الأوطار ج٦ ص٤٠ و ٦٢) .

وقد نصت المادة ٩٧ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « لايجوز لاحد أن ياخذ مال أحد بلا سبب شرعى » .

الفرع الثانى

دفع غير المستحق

(مادة ١٩٢)

١ - كل من قبض ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

٢ - على أنه لامحل للرد اذا كان من قام بالدفع يعلم انه غير ملزم بما دفعه ، الا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هـذا الدفع ، أو يكون الدين الذى دفعه باطلا لمخالفته النظام العام أو الآداب .

هذه المادة تقابل المادة ١٨١ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ - كل من تسلم على سبيل الوفاء ماليس مستحقا له وجب عليه رده .

٢ - على أنه لامحل للرد اذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، الا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هـذا الوفاء » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى النص المقترح توخيا للدقة . كما أضيفت العبارة الأخيرة فى نهاية الفقرة الثانية التى تقول : « او يكون الدين الذى دفعه باطلا لمخالفته النظام او الآداب » . والغرض من هذه الاضافة أجازة استرداد الدين الباطل لمخالفته للنظام العام أو الآداب ، لأن علم الموفى بهذا السبب لا يمكن اعتباره منطويا على ارادة صحيحة بالتبرع بالموفى به ، اذ أن مخالفة سبب الدين للنظام العام أو الآداب كما تبطله تبطل كذلك قصد التبرع به .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة ٢٣٣ من التقنين العراقى التى تنص على أن « من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق » .

وتطابق فى حكمها المادة ١٩٦ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « من أدى شيئا ظانا أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه اذا كان قائما ومثله أو قيمته ان لم يكن قائما » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « كل من تسلم ماليس مستحقا له ، التزم برده » .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتناول تفصيلات تتعلق بتطبيق الحكم الوارد فى الفقرة الأولى ، وذلك فى حالة علم الموفى بانه غير ملزم بما دفعه .

والقاعدة التى تضمنتها الفقرة الأولى من المادة المقترحة ليست الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة السابقة . ومن ثم تستند الى الحديثين الشريفين اللذين تقدم ذكرهما . وقد نصت المادة ٩٧ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « لايجوز لاحد ان ياخذ مال غيره بلا سبب شرعى » . ونصت المادة ٢٠٧ من مرشد الحيران على أنه « من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه منه بغير حق » .

ويجدير بالذكر أن الفقه الاسلامى يجعل قبض غير المستحق مصدرا للالتزام على نطاق واسع . فلو أن شخصا ظن أن عليه دينا فبان خلافه رجع بما أدى (الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٩٤) ومن دفع شيئا ليس واجبا عليه فله استرداده الا اذا دفعه على وجه الهبة (شرح الأشباه والنظائر غمز عيون البصائر ج ١ ص ١٩٤ . ومن دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد الذى دفع به الرشوة باطل (مجمع الضمانات ص ٤٥٨) . ومن عجل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل استرد مايقابل الأجل (مجمع الضمانات ص ٤٥٩) .

(انظر فى هذا : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٥٨ و٥٩) .

ويتضح من هذا العرض أن العبارة التى أضيفت الى الفقرة الثانية من النص المقترح ، وهى التى تقضى بأن الموفى يحق له أن يسترد اذا كان الدين الذى وفاه باطلا لمخالفته النظام العام أو الآداب ، لها سندها من الفقه الاسلامى الذى يرى أن من دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد

الذي دفع به الرشوة باطل(مجمع الضمانات ص ٤٥٨) . كما يتضح أن ماجاء في هذه الفقرة من أن الموفى لايسترد اذا كان يعلم أنه غير ملزم بما دفعه له سنده أيضا من هذا الفقه ، لأن ما دفعه يكون على وجه الهبة (شرح الأشباه والنظائر غمز عيون البصائر) ج ١ ص ١٩٤) . أما جواز الاسترداد بمقتضى هذه الفقرة في حالتي نقص الأهلية والاكراه ، رغم علم الموفى بأنه غير ملزم بما دفعه فيرجع الى عدم صحة الوفاء .

(مادة ١٩٣)

يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه ، أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الأردني .

وقد نصت المادة ٧٢ من المجلة في معنى الحكم الوارد في هذه المادة على ماياتي : « لاعبرة بالظن البين خطؤه . مثلا اذا دفع الكفيل الدين وكان الأصيل قد أداه أو أبرأه الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع » .

(مادة ١٩٤)

يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . على أنه يجوز للدائن في هذه الحالة أن يقتصر على رد ما ستفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين منضرر .

هذه المادة تقابل المادة ١٨٣ من التقنين الحالي التي تنص على ماياتي :

« ١ – يصح كذلك استرداد غير المستحق ، اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل .

٢ – على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود مالحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل » .

وقد احتفظ في النص المقترح بحكم هذه المادة مع اغفال التطبيق المنصوص عليه في الجزء الأخير من الفقرة الثانية تجنبا لما يثير فكرة الربا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٣٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما ياتي :

« ١ – اذا وفى المدين التزاما لم يحل أجله ظانا أنه قد حل فله استرداد ما دفع .

٢ – على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقودا الزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل » .

وتقابل المادة ٢٩٨ مو التقنين الأردني التي تنص على أنه « يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء لدين لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل » .

وتقابل المادة ٢٦٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله ، وكان الموفى جاهلا قيام الأجل ، جاز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود مالحق بالمدين من ضرر » .

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الاسلامي يذهب الى أن من عجل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل استرد ما يقابل الأجل . وقد جاء في مجمع الضمانات ان المرابحة التي لم تستحق ودفعت تسترد ، كما اذا قضى المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، أو مات فاخذ من تركته ، فجواب المتاخرين أنه لايؤخذ من المرابحة التي جرت المبايعة بينهما الا بقدر ما مضى من الأيام . ولو اخذ المقرض المرابحة قبل مضى الأجل، فللمديون أن يرجع منها بحصة ما بقي من الأيام (مجمع الضمانات ص ٤٥٩) عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٥٨ و٥٩) .

ويتضح من هذا أن الحكم الوارد في المادة المقترحة له سنده من الفقه الاسلامي .

(مادة ١٩٥)

لامحل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التأمينات ، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي المدة المحددة لسماعها . ولمن أوفى ان يرجع على المدين الحقيقي بالدين ان كان له مقتض .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٨٤ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « لامحل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التامينات ، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد في النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٩٩ من التقنين الأردني .
وتطابق في حكمها المادة ٢٦٦ من التقنين الكويتي .

(مادة ١٩٦)

١ — اذا كان من قبض غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم الا برد ما قبضه . اما اذا كان سيء النية ، فانه يلتزم كذلك برد الثمار التى جناها او التى قصر فى جنيها ، وذلك من يوم القبض أو من اليوم الذى اصبح فيه سيء النية .

٢ — وعلى أى حال يلتزم من قبض غير المستحق برد الثمار من يوم رفع الدعوى .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٨٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — اذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد الا ما تسلم .

٢ — أما اذا كان سيء النية فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها أو التى قصر فى جنيها من الشيء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية .

٣ — وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى » .

وقد ادمجت الفقرة الثانية من هذه المادة فى الفقرة الأولى ، كما ادخلت عليها تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢٦٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٤٤ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق .

٢ — واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم أو بعده فانه يلزم أيضا برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية . وفى كل الأحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى . ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيء النية اذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه » .

وتقابل المادة ٣٠٠ من التقنين الأردنى التى تقول : « على المحكمة أن تلزم من قبض شيئا بغير حق أن يرده الى صاحبه ولها علاوة على ذلك أن تأمر برد ما جناه القابض من مكاسب أو منافع ولها أيضا أن تعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض فى جنيه » .

(مادة ١٩٧)

اذا كان من قبض غير المستحق ناقص الأهلية ، فلا يلتزم برد ماقبضه الا بالقدر الذى اثرى به على وجه شرعى .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٨٦ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما الا بالقدر الذى أثرى به » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون ملزما الا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٦٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما بالرد الا فى حدود ما عاد عليه من نفع معتبرا قانونا » .

وقد أريد من الحكم الوارد فى النص المقترح حماية ناقص الأهلية . ويذهب الفقه الاسلامى الى أنه اذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فلا يكون العقد صحيحا ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى (مجمع الضمانات ص ٤٨٨ . م ٢١٨ من مرشد الحيران . عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٦٠) .

الفرع الثالث
الفضالة

(مادة ١٩٨)

الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٨ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٦٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٠١ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن اذنت به المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف فانه يعتبر نائبا وتسرى عليه الأحكام التالية » .

وفى الفقه الاسلامى فى المذهب الحنفى قد تستوجب الضرورة الولاية دفعا للضرر ويقرها الشارع بناء على ذلك (راجع مجمع الضمانات ص ٢٨٦ . وانظر التطبيقات المذكورة تحت المادة التالية) .

وقد نصت المادة ١١٢ من المجلة على أن « الفضولى هو من يتصرف بحق الغير دون اذن شرعى » .

(مادة ١٩٩)

تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى ، فى اثناء توليه شانا لنفسه ، قد تولى شان غيره لما بين الشانين من ارتباط لا يمكن معه القيام باحدهما منفصلا عن الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٩ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ من التقنين الكويتى .

ولحكمها تطبيقات عديدة فى الفقه الاسلامى :

فقد نصت المادة ١٣١٠ من المجلة على أنه « اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير واحد الشريكين غائب واراد الآخر التعمير فانه يستأذن الحاكم ويصير اذن الحاكم قائما مقام اذن الغائب صاحب الحصة يعنى أن تعمير صاحب الحصة الحاضر الملك المشترك باذن الحاكم هو فى حكم اخذه الاذن من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من الصرف » .

واذا رهن الأب مال الصبى بدين نفسه وادرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فلو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الأب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى (الكاسانى ج ٦ص ٧٣ – ١٢٦) .

ومن وجد الضالة وانفق عليها بأمر القاضى يكون دينا على مالكها واذا انفق بغير اذن القاضى يكون متبرعا (الكاسانى ج٦ ص٢٠٣) .

(راجع مجمع الضمانات ، ص ٤٤٨ _ ٤٥٠) .

(مادة ٢٠٠)

تتحقق الفضالة كذلك ولو كان تدخل الفضولى فى شئون غيره مخالفا لارادة هذا الغير ، اذا كان ذلك التدخل تنفيذا لالتزام فرضه القانون ودعت اليه حاجة ملحة او قضت بادائه مصلحة عامة .

هذه المادة مستحدثة .

وقد كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى بعد تعديلها فى لجنة المراجعة تنص فى هذا الصدد على ما يأتى : « وكذلك تطبق قواعد الاثراء بلا سبب اذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفا بذلك ارادة هذا الغير معروفة كانت هذه الارادة او مفترضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ولا يعتد بهذه الارادة المخالفة اذا كان المراد من التدخل سد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بادائه مصلحة عامة كالالتزام بالنفقه والالتزام بتجهيز ميت » . ولكن ما حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لأنها تتعرض لتفصيلات تغنى عنها القواعد العامة .

كما نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ١٦٠ فى هذا الصدد على ما يأتى : « على أنه لا يمكن الاحتجاج بمخالفة مشيئة رب المال اذا كانت الضرورة الماسه قد اضطرت الفضولى : ١ – الى القيام بموجب على رب المال ناشىء عن القانون تستوجب المصلحة العامة القيام به ٢ – الى القيام بموجب قانونى يختص بتقديم الطعام أو نفقات مأتم أو غير ذلك من النفقات الضرورية » .

والمادة المقترحة يقف من ورائها واجب خلقى يفرضه الشرع بصرف النظر عن ارادة رب العمل . حيث ينطبق حكمها فى حالتين استثنائيتين يعتبر الشخص فيهما فضوليا بالرغم من أن رب العمل قد نهاه عن التدخل فى شئونه :

الحالة الأولى : اذا أراد الشخص بتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون على رب العمل لسد حاجة ملحة كتقديم نفقة أو تجهيز ميت .

والحالة الثانية : اذا أراد الشخص بتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بادائه مصلحة عامة . كان يكون هناك بناء آيل الى السقوط بحيث يهدد السكان والمارة بخطر التهدم ، فيطلب شخص من مالكه أو حارسه أن يرممه أو يسمح له بالقيام بهذا الترميم ، فيرفض المالك أو الحارس وينهى الشخص عن القيام بالترميم . اذ فى هذه الحالة تتحقق الفضالة اذا قام الشخص بالترميم رغم هذا النهى ، لأن القانون يفرض واجب الترميم وتقضى المصلحة العامة بالقيام به . ويلاحظ أن الحكم فى هذا المثل عام ، بحيث يشمل من هو مهدد بضرر يصيبه من تهدم البناء كما يشمل غيره . فقد تقدم أنه يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من شىء فى حراسة آخر أن يطالب مالك هذا الشىء أو حارسه باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك أو الحارس بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على نفقته (م ١٨١ من المشروع) . أما فى المثل المذكور فقد يكون الفضولى شخصا لا يتهدده خطر من تهدم البناء .

(مادة ٢٠١)

تسرى قواعد الوكالة اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٠٢ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٠٢)

يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بداه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٩١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٢٧١ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٠٣)

يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بعمله عناية الشخص العادى، ويكون مسئولا عن فعله الضار . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الفعل الضار اذا كانت الظروف تبرر ذلك .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٩٢ من التقنين الحالى مع استبدال عبارة « الفعل الضار » بلفظ « الخطأ » تمشيا مع الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن العمل غير المشروع .

وتطابق المادة ٢٧٢ من التقنين الكويتى التى تطابق فى حكمها المادة ١٩٢ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٣٠٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « الفضولى مسئول عما يلحق رب العمل من أضرار وللمحكمة تحديد الضمان اذا كانت الظروف تبرر ذلك » .

(مادة ٢٠٤)

١ ــ اذا عهد الفضولى الى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب .

٢ ــ واذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية .

هذه المادة تطابق الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٩٢ من التقنين الحالى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٧٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٠٥)

يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٠٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٧٤ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٠٦)

يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل فى ادارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف ، وان يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا ويستحق الفضولى أجرا على عمله الا أن يكون من أعمال مهنته .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٥ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « مضافا اليها فوائدها من يوم دفعها » التى جاءت فى النص الحالى بعد عبارة « وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف» .

وتطابق المادة ٢٧٦ من التقنين الكويتى . وتقابل المادة ٣٠٧ من التقنين الأردنى التى تنص على ماياتى :

« على رب العمل أن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه وان يعوضه عن التعهدات التى التزم بها وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف وان يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ولا يستحق الفضولى أجرا عن عمله الا أن يكون من أعمال مهنته » .

ويلاحظ أن التقنين الأردنى فى المادة ٣٠١ منه يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل .

(مادة ٢٠٧)

١ ــ اذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولا عن ادارته الا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن فعل ضار .

٢ ــ أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٦ من التقنين الحالى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٢٧٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٠٨)

١ ــ اذا مات الفضولى ، التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل عند انتهاء الوكالة بموت الوكيل .

٢ ــ واذا مات رب العمل ، بقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٣ من التقنين الحالي مع تعديلات لفظية في الفقرة الأولى ·

وتطابق المادة ٣٠٨ من التقنين الأردني ·

وتطابق في حكمها المادة ٢٧٥ من التقنين الكويتي ·

(مادة ٢٠٩)

لا تسمع دعوى الاثراء بلا سبب في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع · وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه هذا الحق ·

هذه المادة تطابق في حكمها المواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ من التقنين الحالي · حيث رؤى افراد مادة واحدة لجميع الحالات التي لاتسمع فيها دعوى الاثراء بلا سبب · سواء أسست الدعوى على القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب ، أو على دفع غير المستحق ، أو على الفضالة ·

وهي تطابق المادة ٣١١ من التقنين الأردني ·

وتطابق في حكمها المادتين ٢٦٣ و ٢٧٨ من التقنين الكويتي ·

الفصل الخامس

القانون

(مادة ٢١٠)

الالتزامات التي يرتبها القانون على وقائع أخرى ، غير العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب ، تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها ·

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ١٩٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها » ·

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد في المادة المقترحة لان الصياغة المختارة أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، اذ أن القانون يرتب الالتزامات دائما على وقائع · وهي الصياغة التي اختارها الشارع الكويتي في المادة ٢٧٩ التي تنص على ما يأتي : « الالتزامات التي يرتبها القانون على وقائع أخرى ، غير العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ، تسرى في شأنها النصوص الخاصة بها » ·

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٢٤٥ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ١٩٨ من التقنين المصري الحالي ·

وتتفق في حكمها مع المادة ٣١٢ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ١٩٨ من التقنين المصري الحالي ·

وفي الشريعة الاسلامية التزامات يرتبها الشرع من هذا القبيل ، كالالتزام بالنفقة ، والتزام الولي والوصي والقيم ·

الباب الثاني

آثار الالتزام

الفصل الأول

أحكام عامة

(مادة ٢١١)

١ ـ ينفذ الالتزام جبرا على المدين ·

٢ ـ ومع ذلك ، اذا كان الالتزام طبيعيا ، فلا جبر في تنفيذه ·

هذه المادة تطابق المادة ١٩٩ من التقنين الحالي ·

وتطابق المادة ٢٨٠ من مشروع التقنين الكويتي ·

وتطابق في حكمها المادة ٣١٣ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي « ١ ـ ينفذ الحق جبرا على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية · ٢ ـ فاذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح حقا طبيعيا يجب في ذمة المدين » ·

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتناول الالتزام الكامل الذي يتوافر فيه عنصر المديونية وعنصر المسئولية ، ويقال له التزام مدني ، حيث ينفذ جبرا على المدين ·

أما الفقرة الثانية فتتناول الالتزام الطبيعي ، وهو الذي يتوافر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسئولية ، فلا يكون هناك ثمة جبر في تنفيذه ·

وهذا التمييز بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي يقابله في الفقه الاسلامي التمييز بين الواجب قضاء والواجب ديانة · فالالتزام المدني أو الواجب قضاء يجبر المدين على تنفيذه · والالتزام الطبيعي أو الواجب ديانة لا جبر في تنفيذه ·

والالتزام الطبيعي واجب أدبي أو أخلاقي يرتفع به القانون عن مستوى الواجب الأدبي المجرد ، فيرتب عليه بعض الآثار القانونية ، وبذلك يقربه من الالتزام المدني · وهو يقتصر على التزامات كانت في أصلها التزامات مدنية ثم أصبحت التزامات طبيعية لوجود مانع من المطالبة كما في حالة تقادم الدين ، بل يشمل كذلك التزامات كانت في أصلها مجرد واجبات أدبية ثم أصبحت التزامات طبيعية ، كتعويض شخص عن ضرر غير مباشر لا يجب التعويض عنه قانونا أو الانفاق على قريب معوز لا تجب نفقته قانونا · وعلى هذا النحو يمتد نطاق الالتزامات الطبيعية الى كل التزام يوجبه الضمير ، وهنا هو نطاق الواجب الأدبي

الذى يحوطه الفقه الاسلامى باهتمامه البالغ نزولا على مقتضيات الاخلاق والآداب • ومن الطبيعى أن تقر الشريعة الاسلامية هذا المنحى ، وهى الشريعة التى تحض على البر والاحسان والوفاء بما يكون فى الذمة ولو لم يكن فى الوسع اقتضاؤه جبرا •

(مادة ٢١٢)

يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ماذا كان هناك التزام طبيعى • وفى كل حال لا يجوز ان يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام •

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٠ من التقنين الحالى •

وتطابق فى حكمها المادة ٢٨١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى التزاما طبيعيا ، مراعيا فى ذلك الوعى العام فى الجماعة • وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » •

وقد روعى فى حكم النص المقترح أن فكرة الالتزام الطبيعى ، الى جانب فكرة النظام العام والآداب وفكرة التعسف فى استعمال الحق ، تعتبر احدى المنافذ التى تدخل منها العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية الى النظام القانونى كى تلائم بينه وبين التطور الذى يتعرض له المجتمع فى وقت معين • وفى غير الحالات التى يتدخل فيها الشارع بمقتضى نصوص يأخذ فيها بمقتضيات هذا التطور تقع على عاتق القاضى مهمة تحقيق هذه الملاءمة • فالقاضى يكاد يكون شارعا فى هذا النطاق • وبقدرما يخطو القاضى فى هذا السبيل تضيق مسافة الخلف بين القانون والاخلاق • وعليه أن يستلهم فى هذا الصدد روح الشريعة ومبادئها كى ينقل من نطاق الاخلاق والآداب الى نطاق الالتزام الطبيعى •

(مادة ٢١٣)

اذا وفى المدين باختياره التزاما طبيعيا صح وفاؤه ، فلا يجوز له أن يسترد ما أداه •

هذه المادة تقابل المادة ٢٠١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لايسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا ان يوفى التزاما طبيعيا » •

ومقتضى الحكم الوارد فى نص التقنين الحالى أنه لكى يصح الوفاء بالالتزام الطبيعى ، بحيث لا يجوز للمدين أن يسترد ما اداه ، يجب أن يكون هذا الوفاء عن بينه ، بمعنى أن يدرك المدين أنه يفى بالتزام طبيعى لاجبر عليه فى تنفيذه ، فهو يقوم بهذا الوفاء استجابة لضميره •

وقد رؤى فى النص المقترح مخالفة هذا الحكم الوارد فى التقنين الحالى • فلا يشترط لصحة الوفاء بالالتزام الطبيعى أن يكون المدين على بينة بالمعنى المذكور • وانما يصح وفاؤه ، ولو كان يعتقد انه يفى بالتزام مدنى مجبر على تنفيذه • فما دام أن الاعتبارات الأدبية والخلقية هى التى تقف وراء الالتزام الطبيعى ، فيكفى أن يرتفع الالتزام فى وعى الجماعة الى هذه المنزلة ، دون نظر الى وعى الفرد •

وقد كان القانون الرومانى لا يجيز استرداد ما دفع وفاء لا لتزام طبيعى حتى لو اعتقد المدين وقت الوفاء أن التزامه مدنى • وقد سار القانون الايطالى وكذلك المشروع الفرنسى الايطالى (م ٦١) على هذا النهج فاكتفيا بأن يكون الوفاء تلقائيا لا يشوبه تدليس أو اكراه • ثم تراجع الفقه الحديث ومعه التقنين الحالى فاشترطا ان يكون الوفاء عن بينه واختيار فلا يشوبه غلط أو تدليس أو اكراه •

وما احرانا الآن أن نتوسع فى الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى • حيث يكفى أن يتم الوفاء باختيار المدين • فلا يكون للغلط اعتبار فى هذا الشأن •

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٣١٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا أوفى المدين حقا طبيعيا فقد حماية القانون صح وفاؤه ولايعتبر وفاء لما لا يجب » • وهذا النص يحتمل المعنى الذى ينطوى عليه النص المقترح ، وان كانت المذكرة الايضاحية لهذا التقنين تشترط فى الوفاء بالالتزام الطبيعى أن يكون عن بينة بمعنى ان يدرك المدين انه يستجيب بمقتضى الواجب ديانة وأنه غير ملزم قضاء به ، وذلك على غرار ما يشترطه التقنين المصرى الحالى •

وتقابل المادة ٢٨٢ من التقنين الكويتى التى تطابق فى حكمها نص التقنين الحالى حيث تقول : « لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا ، ولا يعتبر متبرعا بما اداه » •

(مادة ٢١٤)

يصلح الالتزام الطبيعى سببا لالتزام مدنى •

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى » • حيث يقتصر الاختلاف على تعديل لفظى •

وتطابق المادة ٢٨٣ من التقنين الكويتى •

والنص المقترح يتناول أثرا آخر من آثار الالتزام الطبيعى ، وهو أن هذا الالتزام يصلح سببا لانشاء التزام مدنى • فاذا وعد المدين بتنفيذ الالتزام الطبيعى كان هذا الوعد التزاما مدنيا يجبر على تنفيذه •

(مادة ٢١٥)

يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، مالم يتفق على غير ذلك •

هذه المادة تقابل المادة ٢١٩ من التقنين الحالى • وقد نقلت هى والمادة التالية لها من الفصل المتعلق بالتنفيذ بطريق التعويض فى التقنين الحالى الى الأحكام العامة الواردة فى صدر هذا الفصل ، لان وجوب الاعذار وشكله وحالات عدم لزومه ليس الأمر فيها مقصورا على التنفيذ بطريق التعويض •

وتنص المادة ٢١٩ من التقنين الحالي على ان « يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أي اجراء آخر » .

وقد حذفت من نص هذه المادة عبارة « ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات » ، اكتفاء بعبارة «أو بما يقوم مقام الانذار » . كما استغنى عن عبارة «كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى اجراء آخر » بعبارة « مالم يتفق على غير ذلك » .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٩٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يكون اعذار المدين بانذاره ، أو بورقة رسمية تقوم مقام الانذار ، كما يجوز أن يكون الاعذار بأية وسيلة أخرى يتفق عليها » .

وتقابل المادة ٢٥٧ من التقنين العراقي التي تنص على أن « يكون اعذار المدين بانذاره ويجوز أن يتم الاعذار بأي طلب كتابي آخر كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى انذار » .

(مادة ٢١٦)

لاضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية :

(أ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .

(ب) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع .

(ج) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

(د) اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه .

(هـ) اذا نص القانون أو اتفق الطرفان على عدم لزوم الاعذار .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٠ من التقنين الحالي ، مع اضافة البند (هـ) الأخير ، اذ يتضمن حالة لاجدال في عدم لزوم الاعذار فيها .

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الأردني ، فيما عدا البند الأخير .

وتطابق في حكمها المادة ٢٥٨ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٢٩٩ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢١٧)

١ - اذا التزم المدين أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر فان هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن .

٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو اعذر ، اذا اثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الهلاك .

٣ - على أن الشيء المسروق أو المغصوب اذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فان تبعة الهلاك تقع على السارق أو الغاصب .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٧ من التقنين الحالي . وقد نقلت هذه المادة من الفصل المتعلق بالتنفيذ العيني الى صدر هذا الفصل ، لأن حكمها مرتبط بالاعذار ولا شأن له بالتنفيذ العيني .

وتنص المادة ٢٠٧ من التقنين الحالي على ما يأتي :

« ١ - اذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن اعذر ، فان هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن .

٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو اعذر ، اذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه ، مالم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

٣ - على أن الشيء المسروق اذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فان تبعة الهلاك تقع على السارق » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

أولا - استبدال عبارة « اذا التزم المدين ان يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر » بعبارة « اذا التزام المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر » ، لأن في العبارة الأولى ما يغني عن العبارة الواردة في صدر الفقرة الأولى من النص الحالي .

ثانيا - استبدال عبارة « تبعة الهلاك » بعبارة « تبعة الحوادث المفاجئة » الواردة في الفقرة الثانية من المادة .

ثالثا - اضافة الشيء المغصوب في الفقرة الثالثة ، حيث يسري عليه في هذا الصدد حكم الشيء المسروق .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٢٨٧ من التقنين الكويتي .

الفصل الثاني

التنفيذ الجبري

الفرع الأول

التنفيذ العيني

(مادة ٢١٨)

١ - يجبر المدين ، بعد اعذاره ،على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا .

٢ – على انه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين، جاز للقاضى بناء على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا .

٢ – على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الاتيان :

أولا – العدول عما يقضى به النص الحالى حيث يجعل من حق المدين نفسه أن يعمد الى التعويض النقدى اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق له، وفى هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطلب التنفيذ العينى بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له ، ويكون دور القاضى حينئذ أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن . بينما رؤى فى النص المقترح جعل الأمر من أوله الى آخره للقاضى بناء على طلب المدين . وبذلك يكون الحكم أقرب الى قواعد الفقه الاسلامى . اذ أن طلب المدين فى هذه الحالة يستهدف رفع مظلمة وولاية رفع المظالم الى القاضى . وعلى كل فالنتيجة العملية النهائية واحدة وهى أن القول الفصل للقاضى .

ثانيا – استبدال لفظ « تعويض » بعبارة « تعويض نقدى » ، لأن الأمر فى ذلك مرده الى القاضى . ولأنه لا يشترط فى التعويض أن يكون نقديا .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٨٤ من التقنين الكويتى وتطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الأردنى فيما عدا أن هذه الأخيرة تنص على « عوض نقدى » بدلا من « تعويض » .

وتقابل المادة ٢٤٦ من التقنين العراقى ، وهى مطابقة لنص التقنين المصرى الحالى فيما عدا أنها لا تشير الى الاعذار .

ويستند النص المقترح الى ما يقرره الفقه الاسلامى من قواعد تقضى بانه « اذا بطل الأصل يصار الى البدل » (م ٥٣ من المجلة) وبأن « المشقة تجلب التيسير » (م ١٧ من المجلة) ، وبأنه « لاضرر ولا ضرار » (م ١٩ من المجلة) ، وبأن « الضرر يزال » (م ٢٠ من المجلة) ، وبأن « الضرر الاشد يزال بالضرر الأخف » (م ٢٧ من المجلة) ، وبأن « الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٣١ من المجلة) .

(مادة ٢١٩)

العقد الذى بمقتضاه تكسب ملكية شئ او حق عينى آخر يخول من تلقاء ذاته هذا الحق ، اذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى أو القواعد المتعلقة بالقيد فى قانون السجل العينى بحسب الاحوال .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٤ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الالتزام بنقل الملكية او أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

وتقابل المادة ٢٤٧ من التقنين العراقى ، وهى تطابق المادة ٢٠٤ من التقنين المصرى الحالى .

وفى هذا الصدد يختلف التصوير الفنى فى الفقه الاسلامى عنه فى فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى . ففى الفقه الاسلامى ينتقل الملك بالعقد . أما فى الفقه اللاتينى ، فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد .

فجوهر الفكرة واحد فى الفقهين ، والاختلاف فى التصوير . فهذا الاختلاف فى التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهى أن الحق ينتقل بالعقد . وقد رؤى الأخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، لأنه ادق من الناحية الفنية ، فاذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، فان الحق العينى فيه يكسب بمجرد العقد ، ولا يكون هناك ثمة مجال للقول بوجود التزام بنقل الحق يقع على عاتق المتصرف ، ما دام أن العقد هو الذى يكسب الحق وقد يتطلب الشارع لهذا الكسب شروطا خاصه ، كالافراز فى المنقول المعين بالنوع ، والتسجيل أو القيد فى العقار ، فلا يكسب الحق الا بتوافر هذه الشروط اعمالا للقاعدة الأصولية وهى أن الحكم لا يترتب الا اذا وجد سببه وتوافرت شروطه . فالسبب هنا هو العقد ، وكل من الافراز والتسجيل أو القيد شروط لترتب الحكم .

ويلاحظ أن المادة المقترحة اشير فيها الى القواعد المتعلقة بالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى والقواعد المتعلقة بالقيد فى قانون السجل العينى ، فتراعى هذه القواعد وتلك بحسب ما اذا كان القانون المطبق هو قانون الشهر العقارى أو قانون السجل العينى . اذ أن هذا القانون الأخير ، وان كان قد صدر برقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، الا أنه لم يبدأ العمل به الا فى نطاق محدود ، وسيبقى قانون تنظيم الشهر العقارى معمولا به زمنا طويلا حتى يتيسر ادخال نظام السجل العينى تدريجيا على فترات متعاقبة بالقدر المستطاع .

أنظر فى الفقه الاسلامى مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٢٠)

١ – العقد الذى بمقتضاه يكسب حق عينى على شئ لم يعين الا بنوعه لا يخول الحق الا بافراز هذا الشئ .

٢ – فاذا لم يقم المتصرف بما يوجبه العقد ، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ ، من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين الا بنوعه ، فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشئ .

٢ – فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى او دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ ، من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض » .

وتقابل المادة ٢٤٨ من التقنين العراقى ، وهى تطابق المادة ٢٠٥ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٢٨٥ من التقنين الكويتى وهى تتفق مع المادة ٢٠٥ من التقنين المصرى الحالى .

وقد رؤى فى المادة المقترحة الاخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وهو أن الحق ينتقل بالعقد ، وليس باعتبار هذا الانتقال أثرا يترتب على التزام المتصرف بنقل الحق كما يقول فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى . وذلك لأن التصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى أدق من الناحية الفنية . انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع .

وانظر فى الفقه الاسلامى مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٢١)

العقد الذى بمقتضاه ينتقل حق عينى يتضمن التزام المتصرف بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٦ من التقنين الحالى التى تنص على أن :

« الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم » .

وتقابل المادة ٢٨٦ من التقنين الكويتى ، وهى تطابق المادة ٢٠٦ من التقنين المصرى الحالى .

وقد رؤى فى المادة المقترحة الاخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وهو أن الحق ينتقل بالعقد ، وليس باعتبار هذا الانتقال أثرا يترتب على التزام المتصرف بنقل الحق كما يقول فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى . وذلك لأن التصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى أدق من الناحية الفنية . أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع .

وأنظر فى الفقه الاسلامى مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٢٢)

فى الالتزام بعمل ، اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٤٩ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة ٣٥٦ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا كان موضوع الحق عملا واستوجبت طبيعته او نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره » .

(مادة ٢٢٣)

١ – فى الالتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا .

٢ – ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٨٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المـادة ٢٥٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — فى الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ·

٢ — ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة » ·

وقد جاء هذا النص على نسق المـادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى · ولكن لجنة القانون المـدنى بمجلس الشـيوخ حذفت العبارة التى تشـير الى الضرورة فى الفقـرة الأولى ، لأن أمـر طلب الترخيص من القضاء فى التنفيذ على نفقة المدين جوازى للدائن فله ، وهو فى هذا صاحب التقدير ، ان يتمسك بوجـوب التنفيـذ العينى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٢٨) ·

وتقابل الفقرة الثانية من المـادة ٣٥٦ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « فاذا لم يقم المدين بالعمل جاز للدائن أن يطلب اذنا من القضاء بالقيام به على نفقة المدين او تنفيذه دون اذن اذا استوجبت الضرورة ذلك » ·

(مادة ٢٢٤)

١ — فى الالتزام بعمل ، اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بادارته او ان يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود · هذا ما لم ينص القانون او الاتفاق على غير ذلك ·

٢ — وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش او خطأ جسيم ·

هذه المـادة تطابق المـادة ٢١١ من التقنين الحالى ·

وتطابق المـادة ٣٥٨ من التقنين الأردنى مع اغفال عبارة « فى الالتزام بعمل » فى الفقرة الأولى ·

وتطابق المـادة ٢٩٠ من التقنين الكويتى مع اغفال عبارة « فى الالتزام بعمل » فى الفقرة الاولى ·

وتقابل المـادة ٢٥١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — فى الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو ان يقوم بادارته أو كان مطلوبا منه أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود ·

٢ — ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل فى تنفيذه من العناية ما اعتـاده فى شـئونه الخاصـة متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصدا ذلك » ·

وقد جاء هذا النص على نسق المـادة ٢٨٨ من المشروع التمهيـدى للتقنين الحالى مع اغفال الاشارة الى مسئولية المدين عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم ·

(راجع فى تطبيقات النص المقترح على سبيل المثال م ٧٧٦ و ٨١٥ من مرشد الحيران و م ٧٨٠ و ٧٨٢ و ٨١٤ و ٨١٥ من المجلة) ·

(مادة ٢٢٥)

اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن ان يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام · وله ان يطلب من القضـاء ترخيصا فى ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين ·

هذه المـادة تطابق المـادة ٢١٢ من التقنين الحالى ·

وتطابق المـادة ٢٩١ من التقنين الكويتى ·

وتطابق فى حكمها المـادة ٣٥٩ من التقنين الأردنى مع اختلاف لفظى ·

وتقابل المـادة ٢٥٢ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام مع التعويض اذا كان له محل » ·

(مادة ٢٢٦)

يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ ، اذا سمحت بهـذا طبيعة الالتزام

هذه المـادة تقابل المـادة ٢١٠ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » · وقد حذفت من هذا النص عبارة « فى الالتزام بعمل » حتى

يتسع حكمه للالتزام بالامتناع عن عمل متى سمحت طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام تنفيذ هذا الالتزام . واقتضى هذا نقل المادة المقترحة من موضعها فى التقنين الحالى الى هذا الموضع .

وتطابق المادة ٢٨٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٥٧ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ اذا كان موضوع الحق عملا وسمحت بذلك طبيعته » .

(مادة ٢٢٧)

١ - اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن ان يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك .

٢ - واذا رأى القاضى ان مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ،جاز له ان يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة .

٣ - واذا تم التنفيذ العينى أو اصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين .

هذه المادة تطابق المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين الحالى ، حيث رؤى ادماجها فى مادة واحدة .

وتطابق المادة ٢٩٢ من التقنين الكويتى .

وتطابق المادتين ٢٥٣ و ٢٥٤ من التقنين العراقى فالأولى تنص على أنه « اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قرارا بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن بقى ممتنعا عن ذلك » . والثانية تنص على أنه « اذا تم التنفيذ العينى أو اصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائيا مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعية فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » .

وما يقضى به النص المقترح من اعتداد القاضى فى تقدير التعويض بالضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين انما يستند الى القاعدة الشرعية التى تقرر أن الضرورات تقدر بقدرها وأن الضرر يدفع بقدر الامكان (م ٢٢ و ٣١ من المجلة) .

الفرع الثانى

التنفيذ بطريق التعويض

(مادة ٢٢٨)

اذا كان تنفيذ الالتزام عينا جبرا على المدين غير ممكن أو غيرمجد، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب اجنبى لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه .

هذه المادة تقابل المادة ٢١٥ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبى لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » .

وقد قصد بتعديل نص التقنين الحالى على النحو الوارد فى النص المقترح أن يشمل حكم النص حالة استحالة التنفيذوحالةعدم جدواه. وغنى عن البيان ان التعويض لا يكون الا اذا أصاب الدائن ضرر من عدم التنفيذ أو من التأخر فيه .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٢٩٣ من التقنين الكويتى .

وما تقضى به المادة المقترحة يستند الى ما جاء فى الآية الكريمة : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » .

راجع فيما يتعلق بالسبب الأجنبى : البدائع ج ٥ص ٣٣٨٨ . المبسوط ج ١١ ص ١٣٢ . بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥ - ١٥٧ .

(مادة ٢٢٩)

١ - لا يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة .

٢ - وكذلك لا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى .

هذه المادة تقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢١٧ من التقنين الحالى اللتين تنصان على ما يأتى :

« ١ - يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة .

٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

وتقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٥٩ من التقنين العراقى اللتين تطابقان نص التقنين الحالى .

وتقابل المادتين ٢٩٥ و ٢٩٦ من التقنين الكويتى اللتين تطابقان نص التقنين الحالى .

وقد رئى فى المادة المقترحة الاخذ بعكس الأحكام الواردة فى التقنين الحالى والتقنين العراقى والتقنين الكويتى . وذلك مراعاة لمبدأين أساسيين فى الشريعة الاسلامية .

المبدأ الأول هو ما جاء فى الآية الكريمة : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » ، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدما على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ، اذ ليس فى وسعه أن يدفع هذه القوة القاهرة . ويلاحظ هنا أن الفقرة الأولى من المادة المقترحة لم يرد فيها ذكر للحادث المفاجىء ، لأنه يعتبر من قبيل القوة القاهرة .

والمبدأ الثانى هو ما جاء فى الآية الكريمة : « يايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدما على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ، حتى ولو كانت هذه المسئولية راجعة الى خطأ وقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

(مادة ٢٣٠)

لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢١٨ من التقنين الحالى ، مع اضافة عبارة « القانون أو الاتفاق » بعد لفظ « ينص » .

وتطابق المادة ٢٥٦ من التقنين العراقى ، مع اغفال لفظ « الاتفاق » بعد لفظ « القانون » .

وتطابق المادة ٣٦١ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « لا يستحق الضمان الا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك فى القانون أو فى العقد » .

وتطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الكويتى .

(راجع المواد ٣٧ و ٤٣ و ٤٤ من المجلة) .

(مادة ٢٣١)

١ — اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون ، فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

٢ — ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٠٠ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٦٣ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا لم يكن الضمان مقدرا فى القانون أو فى العقد فالمحكمة تقدره بما يساوى الضرر الواقع فعلا حين وقوعه » .

والقاعدة فى الفقه الاسلامى أن امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه عينا يعتبر معصية يستحق عليها التعزير . وفى رواية عن أبى يوسف أنه يجوز التعزير فى حالة الضرر الذى لا يتمثل فى فقد مال (انظر رد المحتار ج ٣ ص ١٧٨) .

(مادة ٢٣٢)

يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٣ من التقنين الحالى ، مع اغفال الاشارة الى مراعاة أحكام المواد الخاصة باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى ، وسلطة القاضى فى انقاص التعويض اذا كان المضرور قد اشترك بخطئه فى أحداث الضرر ، والاتفاق على زيادة عبء المسئولية أو التخفيف منه ، والاعذار . اذ أنه فيما عدا الأحكام التى وردت فى خصوص التعويض الاتفاقى ، فان هذا التعويض يخضع للأحكام ذاتها التى تسرى على تعويض يقدره القاضى .

وتطابق فى حكمها الفقرة الأولى من المادة ٣٦٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون » .

وتقابل المادة ٣٠٢ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدما التعويض فى العقد أو فى اتفاق لاحق » .

(مادة ٢٣٣)

١ — لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٢ — ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه .

٣ — ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الكويتي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٦٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك .

(مادة ٢٣٤)

اذا جاوز الضرر قيمةالتعويض الاتفاقي ، جاز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة .

هذه المادة تقابل المادة ٢٢٥ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما » .

وتقابل المادة ٣٠٤ من التقنين الكويتي التي تطابق نص التقنين الحالي .

وقد رؤى في المادة المقترحة مخالفة ما يقضي به التقنين الحالي والتقنين الكويتي على النحو الوارد فيها ، وذلك مراعاة للقاعدة العامة التي ترابط بين قيمة التعويض ومقدار الضرر ، وللتقريب عدالة بين ما يجوز للمدين أن يتمسك به وما يجوز للدائن أن يطالب به .

(مادة ٢٣٥)

١ - يقع باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به .

٢ - وتعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن ، اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد اداها ولا نفقة مشروعة .

هذه المادة مستحدثة .

وقد اريد بها النص صراحة على تحريم الربا نزولا على حكم الشريعة الاسلامية ، حيث جاء في الآية الكريمة : « أحل الله البيع وحرم الربا » . ووصلت الشريعة في تحريم الربا الى حد تهديد من يتعامل به بحرب من الله ورسوله ، حيث جاء في الآية الكريمة : « فأذنوا بحرب من الله ورسوله » .

وكان في الوسع اغفال هذه المادة اكتفاء بالحكم العام الذي جاء في المادة ٣ من المشروع ، حيث تنص على أنه « تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الاسلامية القطعية . ومن ثم يقع باطلا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام » .

ولكن رؤى ان من اللازم التصدي صراحة لهذا الموضوع نظرا الى خطورته . فيكون باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد ، سواء كان ذلك في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو في مقابل التأخير في الوفاء به ، وسواء كانت الفائدة ظاهرة أو مستترة على نحو ما جاء في النص ، وذلك للحيلولة دون أي تحايل في هذا الخصوص .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي بسيط .

(مادة ٢٣٦)

اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير .

هذه المادة مستحدثة .

وقد روعي فيها أن الدائن قد يضار اذا تأخر مدينه عن الوفاء بمبلغ من النقود رغم حلول أجل هذا الوفاء . وفي هذه الحالة يحق للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي يصيبه من جراء هذا التأخير . وذلك حماية للثقة التي يجب أن تسود التعامل . ولأن الشريعة الاسلامية لا تأبى التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن في هذه الحالة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٠٦ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد اعذاره ، مع قدرته على الوفاء ؛ وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » .

الفصل الثالث

الوسائل التي تكفل حقوق الدائنين

نظرة عامة :

القاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه . فهذه الأموال هي الضمان العام للدائنين . وهذا الضمان العام يخول الدائن أن يستأدي حقه من أموال مدينه . فله أن يتخذ على هذه الأموال طرقا تحفظية وطرقا تنفيذية وطرقا هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية .

وقد تكفل تقنين المرافعات بالطرق التنفيذية .

وتكفل التقنين المدني بالطرق الوسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ، لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين .

وقد نظم التقنين المدني الحالي خمسة من هذه الطرق . فنظم دعاوى ثلاثا ، هي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى الصورية . ونظم الحق في الحبس . وهذه الطرق الأربعة كلها اجراءات فردية ، وليس من شأنها أن تغل يد المدين عن أمواله . ونظم طريقا خامسا هو الاعسار . وهذا الطريق هو أيضا اجراء فردي ، ولكن من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله .

وقد رؤى نقل النصوص الخاصة بالصورية الى مكانها المناسب بين النصوص المتعلقة بآثار العقد ، لأنها ألصق بهذه الآثار . وعلى الرغم من هذا النقل فلا شك في ان للدائن أن يرفع دعوى الصورية ليدفع عن نفسه نتائج غش المدين اذا قام هذا بتصرف صوري في ماله ليخرجه من الضمان العام ، فيستبقي الدائن بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه . غير أنه يلاحظ أن الدائن قد يتمسك بالعقد

الظاهر اذا كان حسن النية ، كما أنه ليس الوحيد الذى يحق له رفع دعوى الصورية كما هى الحال فى الدعويين الأخريين ، فقد يرفع دعوى الصورية المتعاقد أو الخلف الخاص . وفى هذا ما يدل بوضوح على أن أحكام الصورية ألصق بآثار العقد .

كذلك رؤى عدم ايراد تنظيم للاعسار ، على خلاف التقنين الحالى ، لأن العمل قد دل على أن نظام الاعسار لم يحقق الغاية المرجوة منه لكثرة نفقاته وقلة جدواه للدائنين الذين يجدون فى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقهم ، وفى سائر وسائل التنفيذ ، ما يغنيهم عن طلب الحكم بشهر اعسار مدينهم ، بل قلما يلجأ الى هذه الوسيلة الا من يريد التشهير بمدينه وتجريح سمعته .

واذا كان من مزايا نظام الاعسار للدائن حلول أجل دينه ، فان نص المادة ٢٦١ من المشروع قد كفل له هذه المزية متى ثبت أن أموال مدينه لا تفى بالديون الحالة ، من غير أن يترتب على ذلك صدور حكم يدمغ المدين بالاعسار .

وتلك الاعتبارات التى دعت الى عدم ايراد تنظيم للاعسار هى ذاتها التى دعت الى عدم ايراد تنظيم للحجر على المدين المفلس ، على خلاف التقنين العراقى والتقنين الأردنى .

(مادة ٢٣٧)

١ - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

٢ - وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان ، الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٠٧ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٦٥ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « مع مراعاة أحكام القانون ، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان » .

وتطابق المادة ٣٠٧ من التقنين الكويتى .

وفكرة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه موجودة فى الفقه الاسلامى ، اذ يستطيع الدائن أن ينفذ على أى مال من أموال المدين استيفاء لحقه . وليس للدائن أن يتتبع عينا خرجت من ذمة المدين أو أن يتقدم على دائن آخر بالنسبة الى عين معينة الا اذا كان له تأمين خاص كالرهن مثلا يخوله حق التتبع أو حق التقدم .

الفرع الأول

الدعوى غير المباشرة

(مادة ٢٣٨)

١ - لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

٢ - ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو يزيد فى هذا الاعسار . ولا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب ادخاله خصما فى الدعوى .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٦١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٠٨ من التقنين الكويتى .

والدعوى غير المباشرة التى يقررها النص المقترح لها سندها فى الفقه المالكى . ففيه اذا لم يكن للمدين (المحجور للدين) بينة على حقه فى ذمة الغير الا شاهد واحد ، ونكل أن يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة ، جاز للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم فى الحلف على النحو الذى نراه فى استعمال الدائن لحق المدين فى هذه الدعوى (انظر الخرشى ج ٥ ص ٢٦٧ - عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٥ ص ١٣٨ هامش ٢)

(مادة ٢٣٩)

يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين . وكل نفع يعود من استعمال هذه الحقوق يدخل فى أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٦ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى بسيط .

وتطابق المادة ٢٦٢ من التقنين العراقى ، مع تعديل لفظى بسيط .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٠٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائبا عنه » .

والواقع أن ما جاء فى النص المقترح من أن كل نفع تسفر عنه الدعوى يدخل فى أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه ، انما هو نتيجة لازمة لاعتبار الدائن فى هذه الدعوى نائبا عن المدين . ومع ذلك رؤى ذكره فى النص للمقابلة بين هذه الدعوى ودعوى عدم نفاذ التصرف التى يتناولها النص التالى .

الفرع الثانى

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن

(مادة ٢٤٠)

لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه اعسار المدين

او الزيادة في اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٧ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٦٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣١٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٣٧٠ و ٣٧١ من التقنين الأردني فالمادة ٣٧٠ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا احاط الدين حالا او مؤجلا بمال المدين بان زاد عليه أو ساواه فانه يمنع من التبرع تبرعا لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه » . والمادة ٣٧١ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا طالب الدائنون المدين الذي احاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة ، وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقا لأحكام القانون » .

وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي احاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية .

اولا : أن يكون المدين قد احاط الدين بماله . وذلك بان تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، ازيد من ماله او مساوية له (الخرشي ج٥ ص ٢٦٣ . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٦٢ و ٢٦٣) .

ثانيا : أن يكون المدين عالما وقت التصرف بان الدين محيط بماله (الحطاب ج ٥ ص ٣٥) .

ثالثا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارا بحقوق الدائنين فلا يسري في حقهم اذا كان تصرفا مفقرا يجرد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببا في اعسار المدين أو في زيادة اعساره (حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٦٢ ـ ٢٦٤ الخرشي ج ٥ ص ٢٦٣ و٢٦٤ و٢٦٥) . (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ١٨١ ـ ١٩٢) .

(مادة ٢٤١)

١ ـ اذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

٢ ـ أما اذا كان التصرف تبرعا ، فانه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا .

٣ ـ واذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ، أن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ، أن كان المدين قد تصرف له تبرعا .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٦٤ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادتين ٣١١ و ٣١٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٣٧٠ و ٣٧١ من التقنين الأردني وقد تقدم ذكرهما .

(أنظر المواد ٩٥٩ و ٩٦١ و ٩٩٩ و ١٠٠١ و ١٠٠٢ من المجلة) .

(وانظر ما ذكرناه تحت المادة السابقة عن شروط دعوى عدم نفاذ التصرف في الفقه المالكي) .

(مادة ٢٤٢)

اذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٦٥ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣١٣ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٧٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذا ادعى الدائن احاطة الدين بمال المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يزيد على قيمة الديون » .

(مادة ٢٤٣)

متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٦٦ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣١٤ من التقنين الكويتي .

وتطابق المادة ٣٧٣ من التقنين الأردني .

(مادة ٢٤٤)

اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هـذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بايداعه خزانة المحكمة .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤١ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٧ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المـادة ٣١٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٤٥)

١ – اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة .

٢ – واذا وفى المدين المعسر احد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين اصلا للوفاء ، فلا يسرى هـذا الوفاء فى حـق باقى الـدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الاجل ، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٦٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المـادة ٣١٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٤٦)

لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، ولا تسمع فى جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صـدر فيه التصرف .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٣ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة «لا تسمع» بعبارة «تسقط بالتقادم» فى صدر النص ، واستبدال عبارة « ولا تسمع » بعبارة « وتسقط » فى وسط النص .

وتطابق المادة ٢٦٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٧٤ من التقنين الأردنى .

وتطـابق المـادة ٣١٧ مـن التقنين الكويتى ، فيمـا عـدا أن هـذه الأخيرة تتضـمن لفظ « تسقط » بالنسبة للدعـوى بـدلا من عبارة « لاتسمع » .

الفرع الثالث

الحق فى الحبس

(مادة ٢٤٧)

١ – لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشـأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به ، أو مادام الدائن لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه .

٢ – ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه ، اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع .

هذه المادة تطابق المـادة ٢٤٦ من التقنين الحالى ، مع تعـديل لفظى بسيط فى الفقرة الأولى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣١٨ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تطابق فى حكمها المادة ٢٨٢ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٣٨٧ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به » .

والفقرة الثانية منها تقابل المادة ٢٨١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو فى يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو انشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجارا أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له قانونا الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » .

وتقابل المادة ٣٨٩ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « لمن انفق على ملك غيره وهو فى يده مصروفات ضرورية أو نافعة أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له قانونا مالـم يتفق أو يقضى القانـون بغير ذلك » .

وفى الفقه الاسلامى يتركز حق الحبس فى مال ضمانا للدين . وقد يكون مصدره العقد . حيث يكون للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن . ويكون للمستأجر ان يحبس المأجور اذا انفسخت الاجارة حتى يسترد ماعجلة من الأجرة . ويكون للمودع عنده أن يحبس الوديعة حتى يستوفى ما انفقه فى حفظها باذن القاضى . ويكون للأجير المشترك الذى لعمله أثر فى العين كالخياط ان يحبس العين حتى يستوفى الأجرة . ويكون للوكيل بالشراء ان يحبس المال الذى اشتراه عن الموكل حتى يدفع اليه الثمن .

وقد يكون الشرع هو مصـدر حـق الحبس . فللملتقط أن يحبس اللقطة عن مالكها حتى يستوفى ما أنفقه عليها باذن القاضى . وللغاصب أن يحبس المغصوب الذى زاد فيه زيادة متصلة من ماله ، كمن يقيم على الأرض المغصوبة بناء أو غراسا حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة .

(انظر فى هذا : الكاسانى ج ٤ ص ٤٠٤ ـ ٤٠٦ و ج ٥ ص ٢٥٩ وج ٦ ص ٣٧ و ٢٠٢ ، الزيلعى ج ٥ ص ١١١ و ٢٣٠ ، عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٣٦ ، م ٢٧٨ ـ ٢٨٠ وم ٤٨٢ و م ١٤٩١ من المجلة) .

(مادة ٢٤٨)

١ ـ مجرد الحق فى حبس الشىء لايثبت حق امتياز عليه .

٢ ـ وعلى الحابس أن يحافظ على الشىء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته .

٣ ـ واذا كان الشىء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للاحكام المقررة فى رهن الحيازة ، وينتقل الحق فى الحبس من الشىء الى ثمنه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٧ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى فى الفقرة الثالثة .

وتطابق المادة ٢٨٣ من التقنين العراقى ، مع اختلاف لفظى بسيط .

وتقابل المادتين ٣٩٠ و٣٩١ من التقنين الأردنى . فالمادة ٣٩٠ من هذا التقنين تنص على أن : « ١ ـ على من احتبس الشىء أن يحافظ عليه وأن يقدم حسابا عن غلته . ٢ ـ وله أن يستصدر اذنا من المحكمة ببيع الشىء المحتبس اذا كان يخشى عليه الهلاك أو التعيب وذلك وفقا للاجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة وينتقل حق الاحتباس من الشىء الى ثمنه » . والمادة ٣٩١ من هذا التقنين تنص على أن « من احتبس الشىء استعمالا لحقه فى احتباسه كان أحق من باقى الغرماء فى استيفاء حقه منه » .

وتقابل المادتين ٣١٩ و ٣٢٠ من التقنين الكويتى . فالمادة ٣١٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « ١ ـ على الحابس أن يحافظ على الشىء ، وأن يقدم حسابا عن غلته » .

٢ ـ واذا كان الشىء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من المحكمة فى بيعه وفقا لاجراءات تحددها ، وله أن يبيعه دون اذن المحكمة فى حالة الاستعجال ، وينتقل الحق فى الحبس من الشىء الى ثمنه » . والمادة ٣٢٠ من هذا التقنين تنص على أن « مجرد الحق فى حبس الشىء لايعطى الحابس حق امتياز عليه » .

انظر فى الفقه الاسلامى فى النقطة : الكاسانى ج ٩ ص ٢٠٣ ، الزيلعى ج ٣ ص ٣٠٦ .

(مادة ٢٤٩)

اذا هلك الشىء المحبوس او تلف لأى سبب كان انتقل الحق فى الحبس الى مايحل محله .

هذه المادة مستحدثة ، وقد قصد من ايرادها وضع قاعدة عامة تجعل الحق فى الحبس ينتقل الى المال الذى يحل محل الشىء المحبوس فى حالة الهلاك أو التلف ، كان يكون هذا المال تعويضا أو مبلغ تامين ، وذلك تطبيقا لمبدأ الحلول العينى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢١ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا هلك الشىء المحبوس أو تلف ، انتقل الحق فى الحبس الى مايستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض ، وتسرى على انتقال الحق الأحكام الخاصة برهن الحيازة » .

ويتفق حكم هذه المادة مع أحكام الفقه الاسلامى الخاصة بانتقال حق الدائن المرتهن الى بدل الشىء المرهون عند تلفه أو هلاكه .

(مادة ٢٥٠)

١ ـ ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزه أو محرزه .

٢ ـ ومع ذلك يجوز لحابس الشىء ، اذا خرج الشىء من يده خفية او بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٨٤ من التقنين العراقى ، مع اختلاف لفظى .

وتطابق المادة ٣٩٢ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٢٢ من التقنين الكويتى ، مع اختلاف لفظى .

(انظر الأشباه والنظائر ص ٣٧٦ ، م ٢٨١ من المجلة و م ٤٥٩ من مرشد الحيران) .

الباب الثالث

الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام

الفصل الأول

الشرط والأجل

الفرع الأول

الشرط

(مادة ٢٥١)

يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على امر مستقبل غير محقق الوقوع .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٥ من التقنين الحالى ٠

وتطابق المادة ٣٢٥ من مشروع التقنين الكويتى ٠

وتقابل المادة ٢٨٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — العقد المعلق هو ما كان معلقا على شرط واقف أو فاسخ ٠

٢ — ويشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا » ٠

وتقابل المادتين ٣٩٣ ، ٣٩٥ من التقنين الأردنى :

فالمادة ٣٩٣ من هذا التقنين تنص على أن « الشرط التزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه » ٠

والمادة ٣٩٥ من هذا التقنين تنص على أن « التصرف المعلق هو ما كان مقيدا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلة ويتراخى أثره حتى يتحقق الشروط وعندئذ ينعقد سببا مفضيا الى حكمه » ٠

(انظر فى الفقه الاسلامى م ٣١٥ — ٣١٩ من مرشد الحيران) ٠

(مادة ٢٥٢)

يعتبر الالتزام غير قائم اذا علق على شرط مستحيل أو شرط مخالفا للنظام العام أو للآداب ، سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا ٠

هذه المادة تقابل المادة ٢٦٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

١ — لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا اذا كان الشرط واقفا ٠ أما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم ٠

٢ — ومع ذلك لايقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدفع للالتزام ٠

وقد عدلت هذه المادة بتوحيد الحكم بالنسبة الى نوعى الشرط ٠ حيث لا يقوم الالتزام ، اذا علق على شرط واقف أو فاسخ ، وكان الشرط مستحيلا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب ٠ ذلك ان الشرط الفاسخ لا يمكن الا أن يكون هو السبب الدافع الى التعاقد ، ما دام قد علق على تحققه فسخ العقد ذاته ، ومن ثم قد تتحقق الصورة التى لا يكون فيها الشرط الفاسخ هو السبب الدافع الى التعاقد ولا وجه لاختلاف الحكم بحسب ما اذا كان هذا الشرط مستحيلا أو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب ، ففى الحالين لا يقوم الشرط ولا الالتزام ٠

قارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٣٨٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٩ ٠

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٨٧ من التقنين العراقى التى تتفق مع المادة ٢٦٦ من التقنين المصرى الحالى ٠

وتقابل المادة ٣٢٤ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٢٢٦ من التقنين المصرى الحالى ٠

وتقابل المادة ٣٩٧ من التقنين الأردنى ٠

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٨٩ من المجلة على ان « البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغو ... » ٠

ونصت المادة ٣١٩ من مرشد الحيران على ان « التعليق على مستحيل لغو غير معتبر » ٠ أنظر كذلك المواد ٣٢١ — ٣٢٦ و ٣٤٩ — ٣٥١ من مرشد الحيران ٠

(مادة ٢٥٣)

لا يعتبر الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم ٠

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٧ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى بسيط ٠

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين الكويتى مع اختلاف لفظى بسيط ٠

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٣٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص١٢ و ١٣ ٠

(مادة ٢٥٤)

لا يقوم الالتزام المعلق على شرط واقف الا اذا تحقق الشرط ٠ على انه يجوز للدائن ، قبل تحقق الشرط ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه ٠

هذه المادة تقابل المادة ٢٦٨ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط ٠ أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى ، على انه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » ٠

وقد ادخل على هذه المادة تعديل لفظى فى صدر النص ٠ واستبدلت عبارة « لا يقوم الالتزام » بعبارة « فلا يكون نافذا » ، لأن التعبير المختار هو التعبير الصحيح ٠ وحذفت منها الاشارة الى عدم قابلية الالتزام للتنفيذ القهرى أو الاختيارى ، لأن هذا مستفاد سواء من الحكم الوارد فى صدر النص أو من الحكم الوارد فى نهايته ٠

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٢٦ من التقنين الكويتى ٠

وتقابل المادة ٢٨٨ من التقنين العراقى التى تنص على أن « العقد المعلق على شرط واقف لاينفذ الا اذا تحقق الشرط » ٠

وتقابل المادة ٣٩٨ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « لاينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد الا اذا تحقق الشرط » ٠

انظر فى الفقه الاسلامى مادة ٢/٣١٧ من مرشد الحيران التى تنص على أن « المعلق يتأخر انعقاده سببا الى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا الى حكمه » ٠

(مادة ٢٥٥)

١ ـ يترتب على تحقيق الشرط الفاسخ زوال الالتزام • ويكون الدائن ملزما برد ما اخذه ، فاذا استحال الرد لسبب يرجع اليه وجب عليه التعويض •

٢ ـ على أن اعمال الادارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط •

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٩ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى بسيط .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٨٩ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٩٩ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٥٦)

١ ـ اذا تحقق الشرط استند اثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله انما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط •

٢ ـ ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعى اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب اجنبى لا يد للمدين فيه •

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٩٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الكويتى .

الفرع الثانى

الأجل

(مادة ٢٥٧)

١ ـ يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه او انقضاؤه مترتبا على امر مستقبل محقق الوقوع •

٢ ـ ويعتبر الامر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه •

هذه المادة تطابق المادة ٢٧١ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٩١ من التقنين العراقى التى تنص على انه «يجوز ان يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد او انقضاؤه » .

وتقابل المادة ٤٠٢ من مشروع التقنين الأردنى التى تنص على انه « يجوز اضافة التصرف الى اجل تترتب عليه حلول احكام نفاذه او انقضائه » .

انظر فى الفقه الاسلامى م ٣٢٠ ، ٣٢٧ ، و ٣٢٨ و ٣٥١ من مرشد الحيران و م ١٥٦ و ١٥٧ و ٢٤٨ من المجلة .

(مادة ٢٥٨)

١ ـ اذا كان الالتزام مضافا الى أجل واقف ، فانه لا يكون نافذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الاجل • على انه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه • وله بوجه خاص ان يطالب بتامين اذا خشى افلاس المدين او اعساره واستند فى ذلك الى سبب معقول •

٢ ـ ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ انتهاء الالتزام ، دون ان يكون لهذا الانتهاء اثر رجعى •

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٤ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى توخيا للدقة .

وتطابق المادتين ٣٣٠ و ٣٣٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢٩٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ العقد المضاف الى أجل واقف ينعقد سببا فى الحال ولكن يتأخر وقت وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه .

٢ ـ والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذا فى الحال ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء العقد » .

انظر فى الفقه الاسلامى م ٣٢٠ من مرشد الحيران » .

(مادة ٢٥٩)

١ ـ يفترض فى الأجل انه ضرب لمصلحة المدين ، الا اذا تبين من العقد او من نص القانون او من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معا •

٢ ـ واذا تمحض الأجل لمصلحة احد الطرفين ، جاز له ان ينزل عنه بارادته المنفردة •

هذه المادة مستحدثه .

وهى تطابق المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكن حذفت هذه الأخيرة فى لجنة المراجعة لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادىء العامة .

وتطابق المادة ٢٩٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٣١ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية منها تطابق فى حكمها المادة ٤٠٥ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا كان الأجل لمصلحة أى من الطرفين فله أن يتنازل عنه بارادته المنفردة » .

انظر فى الفقه الاسلامى م ٢١٢ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٦٠)

اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه •

وخيار التعيين فى الفقه الاسلامى ، وهو الذى يقابل التخيير فى الالتزام التخييرى ، لا يجوز ان يقع على اكثر من اشياء ثلاثة ، ويلزم فيه ذكر المدة التى يتم فيها الخيار على خلاف فى الراى ، ويكون الخيار اما للمشترى أو للبائع حسب الشرط (راجع المبسوط للسرخسى ج ١٣ ص ٥٥ . البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٧ . فتح القدير للكمال بن الهمام ج٥ ص ١٣١ . عبد الرزاق احمد السنهورى ، الوسيط ج٣ ص١٤١ و ١٤٢ هامش ١) .

وانظر ايضا م ٣١٦ من المجلة وم ٤١٠ من مرشد الحيران .

والظاهر ان نقل الملكية فى خيار التعيين فى الفقه الاسلامى يستند الى الماضى فى حالة ما اذا كان الخيار للمشترى اى للدائن (انظر البدائع ج ٥ ص ٢٦١ - ٢٦٢ . عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٣ص ١٦٥ هامش ١)

(مادة ٢٦٣)

١ - اذا كان خيار التعيين للمدين وامتنع عن الاختيار ، او تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن ان يطلب من القاضى تعيين اجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين الشئ .

٢ - اما اذا كان خيار التعيين للدائن وامتنع عن الاختيار ، او تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضى اجلا ان طلب المدين ذلك ، فاذا انقضى الأجل انتقل الخيار الى المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٦ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « خيار التعيين » بلفظ « الخيار » ايثارا للتعبير الذى يستعمله الفقه الاسلامى ، واستبدال كلمة « الشئ » فى نهاية الفقرة الأولى بعبارة « محل الالتزام » .

وتقابل المادة ٢٩٩ من التقنين العراقى التى تنص على ماياتى :

« ١ - يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار .

٢ - فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار فى المدة المحددة جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار الى المدين » .

وتقابل المادة ٤٠٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ماياتى :

« ١ - يجب فى التصرف التخييرى تحديد مدة الاختيار .

٢ - فاذا لم يحدد المتعاقدان مدة فى العقد او انقضت المدة المحددة لاحدهما دون ان يختار جاز للطرف الآخر ان يطلب من المحكمة تحديد مدة الخيار او محل التصرف » .

وتقابل المادة ٣٣٧ من التقنين الكويتى التى تنص على ماياتى :

« ١ - يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار ، فاذا اطلق الخيار بدون مدة ، حددت له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب اى من الطرفين .

٢ - واذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار او تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقل الخيار الى المدين » .

انظر فى الفقه الاسلامى م ٣١٨ من المجلة .

(مادة ٢٦٤)

ينتقل خيار التعيين الى الوارث .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تطابق المادة ٣٠٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٠٩ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٣٩ من التقنين الكويتى .

وما تقضى به المادة المقترحة ليس الا تطبيقا للقواعد العامة .

وحكمها مقرر فى الفقه الاسلامى (أنظر البدائع للكاسانى ج ٥ ص ١٥٧ و ٢٦٢ . م ٣١٩ من المجلة و م ٤١٤ من مرشد الحيران) .

(مادة ٢٦٥)

١ - اذا كان خيار التعيين للمدين ، وهلك احد الأشياء التى اشتمل عليها العقد ، تركز اختيار المدين فى الأشياء الباقية . واذا هلكت الاشياء جميعها بسبب اجنبى انقضى الالتزام .

٢ - واذا هلكت الأشياء جميعها ، وكان المدين مسئولا عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق باحد هذه الاشياء ، كان ملزما بان يدفع قيمة آخر شئ هلك .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة .

والفقرة الثانية منها تطابق فى حكمها المادة ٢٧٧من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الاشياء كان ملزما بأن يدفع قيمة آخر شىء استحال تنفيذه » .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٣٠١ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا كان خيار التعيين للمدين وهلك احد الشيئين فى يده كان له ان يلزم الدائن بالثانى ، فان هلكا معا انفسخ العقد .

واذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشيئين فيكون ملزما ان يدفع قيمة آخر شيء هلك » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٣٨ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان خيار التعيين للمدين وهلك احد الشيئين في يده كان له أن يلزم الدائن بالشيء الثاني ، فان هلكا جميعا انقضى الالتزام .

٢ - واذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد الشيئين كان ملزما أن يدفع قيمة آخر شيء هلك » .

وتطابق في حكمها المادة ٤١٠ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان الخيار للمدين وهلك أحد الشيئين في يده كان له أن يلزم الدائن بالثاني وان هلكا معا بطل العقد .

٢ - فاذا كان المدين مسئولا عن الهلاك ولو بالنسبة الى أحد هذه الاشياء كان عليه أن يدفع قيمة آخر ماهلك منها » .

انظر في احكام الهلاك في خيار التعيين في الفقه الاسلامي : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ في الهامش. الحطاب ج٤ ص٤٢٥ . م٤١١ - ٤١٣ من مرشد الحيران .

الفرع الثاني

الالتزام البدلي

(مادة ٢٦٦)

١ - يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل العقد الا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا آخر .

٢ - والأصل ، لا البديل ، هو وحده المعقود عليه وهو الذى يحدد طبيعة الالتزام .

هذه المادة تقابل المادة ٢٧٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر .

٢ - والشيء الذي يشمله محل الالتزام ، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بادائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٢ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٤١١ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٣٤٠ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي م ٥٣ من المجلة .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الواردة في المادة المقترحة مراعاة لان الملك ينتقل بالعقد ، وليس تنفيذا لالتزام يقع على عاتق المدين .

الفصل الثالث

تعدد طرق الالتزام

الفرع الأول

التضامن

(مادة ٢٦٧)

التضامن بين الدائنين او بين المدينين لا يفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادتين ٣١٥ و ٣٢٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادتين ٤١٢ و ٤٢٦ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي : المبسوط ج ١١ ص ١٧٤ - ١٧٧ و ج ٣٠ ص ١٧٤ - ١٨٠ . البدائع ج٦ ص٤١ - ٥١ و ٧٣ و ٧٤ و ٧٦ .

(مادة ٢٦٨)

١ - يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين او منفردين ، مطالبة المدين بكل الدين ، ويراعى في ذلك مايلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين .

٢ - ولا يجوز للمدين اذا طالبه احد الدائنين المتضامنين بالوفاء ان يحتج على هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له ان يحتج على الدائن المطالب باوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن ، وباوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨١ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط في الفقرة الأولى ، حيث استبدلت عبارة « بكل الدين » بلفظ « بالوفاء » .

وتطابق في حكمها المادة ٣١٦ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٤١٥ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٤٢ من التقنين الكويتي .

ويعرف الفقه الاسلامي نظام التضامن ، سواء بين الدائنين أو بين المدينين .

فالتضامن بين الدائنين يقوم في شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة اموال أو شركة اعمال او شركة وجوه ، متى كان الدين ناشئا عن اعمال التجارة . فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالثمن اذا باع أحدهم مالا للشركة ، ويعتبرون كذلك دائنين متضامنين بالتعويض اذا أغتصب شخص مالا للشركة . كذلك يقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان اذا كانت شركة أعمال ، فالشركاء دائنون متضامنون

بالأجر المستحق. وأثر التضامن بين الدائنين يجعل لكل دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، واذا وفى المدين أحد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع . ويرجع الدائنون على شريكهم الذى قبض الدين ، كل منهم بحصته ، وحصصهم دائما متساوية فى شركة المفاوضة .
والتضامن بين الدائنين فى شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة ، فكل شريك وكيل عن الاخر فى القبض والتقاضى وفى جميع حقوق العقد . ويقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان على تضامنهم كمدينين ، فالشركاء مدينون متضامنون فى التزامهم بالعمل فيكونون دائنين متضامنين فى حقهم فى الأجر .

(انظر فى التضامن بين الدائنين وبين المدينين فى الفقه الاسلامى : شفيق شحاته النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ٣٠٣ – ٣٧٨ . وانظر : عبد الرزاق السنهورى الوسيط ج ٣ ص ٢٢٥ فى الهامش) .

(مادة ٢٦٩)

١ – يجوز للمدين ان يوفى الدين لأى من الدائنين المتضامنين ، الا اذا انذره دائن آخر بان يمتنع عن ذلك .

٢ – ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة احد الدائنين المتضامنين ، الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٠ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى فى الفقرة الأولى التى تقول : « اذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين ان يوفى الدين لأى منهم ، الا اذا مانع احدهم فى ذلك » .

وتطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٣١٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الكويتى .

ويتضح مما تقدم ذكره ان حكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة مقرر فى الفقه الاسلامى .

(مادة ٢٧٠)

١ – اذا برئت ذمة المدين قبل احد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة هذا الدائن .

٢ – واذا اتى احد الدائنين المتضامنين عملا من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين ، فلا ينفذ هذا العمل فى حقهم .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٢٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا برئت ذمة المدين قبل احد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله .

٢ – ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين ان يأتى عملا من شأنه الاضرار بالدائنين الاخرين » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة الأخيرة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، مع الابقاء على حكمها .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٣١٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٤٤ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٤١٤ من التقنين الأردنى .

انظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج ٦ ص ٧٠ و ٧٢ و ٧٤ و ٧٦وم ١٦٩ و ١٧١ و ١٧٢ – ١٨٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٧١)

كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ، ويقتسمونه بالتساوى الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٢٨٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه .

٢ – وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

وتطابق المادة ٣١٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٤٥ من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج ٦ ص ٥٩ و ٦١ . م ١٦٩ و ١٧١ و ١٧٢ – ١٨٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٢٧٢)

١ – يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من اثر الدين .

٢ – ولايجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٥ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢١ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٢٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٤٦ من التقنين الكويتى .

وكما رأينا فيما تقدم فان الفقة الاسلامي يعرف نظام التضامن سواء بين الدائنين او بين المدينين .

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء في شركة المفاوضة ، ولو نشأ الدين من غير اعمال التجارة ، مادام ذا صبغة مالية . ويقوم كذلك في شركة العنان اذا كانت شركة اعمال ، فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل . وهم أيضا مدينون متضامنون بالتعويض المستحق في حالة هلاك الشيء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك منسوبا لخطأ احدهم دون الآخرين . وهناك أيضا تضامن اتفاقي بين المدينين . فاذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد وكان محله واحد وتعدد المدينون وكفل بعضهم بعضا كانوا جميعا مدينين متضامنين . والتضامن بين المدينين ، سواء كان اتفاقيا أو قانونيا (في شركتي المفاوضة والعنان) . يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين . ومن ثم فاحكام الكفالة هي التي تسرى ، ويجوز للدائن ان يرجع على اى مدين بكل الدين بصفته اصيلا عن نفسه وكفيلا للمدينين الآخرين ، وكذلك يجوز لأي مدين ان يفي الدائن الدين كله بصفته اصيلا وكفيلا . واذا وفى احد المدينين الدين كله للدائن ، رجع على المدينين الاخرين ككفيل اذا كانت الكفالة بأمرهم ، وله أن يرجع على كل منهم بحصته ، كما له ان يرجع على اى منهم بحصته وبنصيبه في حصص الآخرين ثم يرجعان معا بالباقي على سائر المدينين .

ويتبين من هذا أن الكفالة هي التي جعلت أساسا للتضامن السلبي في الفقه الإسلامي .

(أنظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقة الاسلامي : شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ص ٣٠٣ – ٣٧٨ . وانظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ ص ٢٣٥ و ٢٣٦ في الهامش .

وانظر كذلك : مطج ٢٠ ص ٢٨ و ٣٤ . البدائع ج٦ ص ١٠ . المبسو ١٩٠ من مرشد الحيران) .

(مادة ٢٧٣)

اذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمة الباقين .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٨٤ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « اذا كان التضامن بين المدينين فان وفاء أحدهم الدين مبرئ لذمة الباقين » .

وتطابق المادة ٤٢٧ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٣٢٢ من التقنين العراقي التي تنص على انه «اذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عينا أو بمقابل أو بطريق الحوالة برئت ذمته ويبرأ معه المدينون الآخرون » .

وتقابل المادة ٣٤٧ من التقنين الكويتي التي تنص على مايأتي :

« ١ – **يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عينا** أو بمقابل براءة ذمته وبراءة باقي المدينين .

٢ – واذا برئت ذمة احد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فانه يبرأ معه المدينون الآخرون الا اذا رضوا بالحوالة » .

(مادة ٢٧٤)

يترتب على تجديد الدين بين الدائن واحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين ، الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٤٨ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٧٥)

لا يجوز للمدين المتضامن ان يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين .

هذه المادة تطابق ٢٨٧ من التقنين الحالي ، مع استبدال لفظ « يحتج » بلفظ « يتمسك » .

وتطابق المادة ٣٢٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٤٩ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها ما تقضي به المادة ٤٣٠ من التقنين الأردني .

(مادة ٢٧٦)

اذا اتحدت الذمة بين الدائن واحد مدينية المتضامنين ، فان الدين لا ينقضي بالنسبة الى باقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٥٠ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها ما تقضي به المادة ٤٣٠ من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ٦ ص ١٤

(مادة ٢٧٧)

١ – اذا ابرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك .

٢ – فاذا لم يصدر منه هذا التصريح ، فليس له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي ابرأه ، الا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين ، وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الابراء لصالحه بحصته في الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٩ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٥١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٢٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين ، ولا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك .

٢ – فاذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبراه » .

وتطابق فى حكمها المادتين ٤٣٠ و ٤٣١ من التقنين الأردنى :

فالمادة ٤٣٠ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين فى الدين بطريق المقاصة أو اتحاد الذمتين أو الابراء فان الدين لاينقضى بالنسبة لباقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين » .

والمادة ٤٣١ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا لم يوافق الدائن على ابراء باقى المدينين المتضامنين من الدين فليس له أن يطالبهم بغير الباقى بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه الا اذا احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين وعندئذ يحق لهم الرجوع على المدين بحصته فيه » .

انظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج ١ ص ١١ وج ٦ ص ١١

(مادة ٢٧٨)

اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، مالم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٢ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج١ ص ١١ و ج٦ ص ١١ .

(مادة ٢٧٩)

١ – فى جميع الأحوال التى يبرىء فيها الدائن احد المدينين المتضامنين ، سواء اكان الابراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٢٨٦ .

٢ – على أنه اذا اخلى الدائن المدين الذى ابراه من كل المسئولية عن الدين ، فان الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٥٣ من التقنين الكويتى .

وتطابق المادة ٤٣٣ من التقنين الأردنى .

انظر فى الفقه الاسلامى : البدائع ج١ ص١١ و ج٦ ص١١ .

(مادة ٢٨٠)

١ – اذا امتنع سماع الدعوى بسبب التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين .

٢ – واذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أو وقف سريانها بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٢ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى اقتضاه استعمال تعبير « عدم سماع الدعوى بسبب التقادم » بدلا من « انقضاء الدين بالتقادم » .

وتطابق المادة ٣٢٩ من التقنين العراقى .

تطابق المادة ٤٣٤ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٥٤ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨١)

١ – لايكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله .

٢ – واذا اعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك اثر بالنسبة الى باقى المدينين . اما اذا اعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨٢)

اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين او براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون . اما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فانه لا ينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٤ من التقنين الحالى .

وتطابق الماده ٣٣١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الأردنى .
وتطابق المادة ٣٥٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨٣)

١ – اذا اقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين .

٢– واذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليمين او وجه الى الدائن يمينا حلفها ، فلا يضار بذلك باقى المدينين .

٣ – واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى احد المدينين المتضامنين فحلف ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٧ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٥٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨٤)

١ – اذا صدر حكم على احد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين .

٢ – اما اذا صدر الحكم لصالح احدهم ، فيستفيد منه الباقون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٣ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٨٥)

١ – اذا وفى احد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له ان يرجع على اى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن .

٢ – وينقسم الدين اذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٥٩ فقرة أولى وثانية من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٣٤ فقرة اولى من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها الجزء الاول من المادة ٤٣٩ من التقنين الاردنى .

(مادة ٢٨٦)

اذا أعسر احد المدينين المتضامنين تحمل تبعه هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين ، وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٤ فقرة ثانية من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها الجزء الأخير من المادة ٤٣٩ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٥٩ فقرة ثالثة من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقة الاسلامى : المبسوط ج ٢٠ ص ٢٩ و ٣٤ و ٣٨ . البدائع ج ٦ ص١٤ و ١٥ .

(مادة ٢٨٧)

اذا كان احد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمله كله نحو الباقين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٥ فقرة ثانية من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٤٠ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٦٠ من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقة الاسلامى : المبسوط ج ٢٠ ص ٢٩ و ٣٤ و ٣٨ . البدائع ج ٦ ص ١٤ و ١٥ .

الفرع الثانى

عدم القابلية للانقسام

(مادة ٢٨٨)

يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

(أ) اذا ورد على محل لايقبل بطبيعته ان ينقسم .

(ب) اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لايجوز تنفيذه منقسما ، او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٦ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٦١ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٤١ من التقنين الاردنى التى تنص على انه «لا يقبل التصرف التجزئة اذا ورد على محل تاباه طبيعة او تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها» .

(مادة ٢٨٩)

١ ـ اذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام ، جاز لكل دائن او وارث أن يطالب باداء الالتزام كاملا ، فاذا اعترض احد الدائنين او الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما باداء الالتزام للدائنين مجتمعين او ايداع الشىء محل الالتزام .

٢ ـ ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٤٢ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٦٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٩٠)

١ ـ اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا .

٢ ـ وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٧ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٤٣ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الكويتى .

الباب الرابع

انتقال الالتزام

انتقال الالتزام فى الفقه الاسلامى :

يعرف الفقه الاسلامى الحوالة . وهو يفرق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة . وفى كل من الحوالتين يوجد دائن ومدين وأجنبى محال علية ، وهذا الأجنبى هو الذى يتركز فية التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة .

فاذا كان هذا الأجنبى المحال عليه مدينا للمدين او كان فى يده له وديعة أو عين مغصوبة ، وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الأجنبى ، فهذه هى الحوالة المقيدة . وهى اقرب الى أن تكون طريقا من طرق الوفاء بالدين من ان تكون حوالة بالمعنى الدقيق . وتقرها المذاهب جميعا ، على خلاف بينهما فى الصياغة القانونية .

اما اذا كان الأجنبى غير مدين للمدين ، او كان مدينا ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين فى المذهب الحنفى ، فهذه هى الحوالة المطلقة . فاذا تصورنا أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبى ، كانت هذه حوالة للدين بالمعنى الدقيق ، وهذه لا يسلم بها الفقه الاسلامى ، خلافا لما يقال عادة . فهى عنده أقرب الى أن تكون كفالة او تجديدا ، من أن تكون حوالة للدين . وقد قدمنا ان الكفالة فى الفقه الاسلامى هى الأصل فى التضامن ، وهى هنا أيضا الأصل فى الحوالة . واذا تصورنا كذلك فى الحوالة المطلقة أن الدائن هو الذى يريد ان يحيل حقه للأجنبى ، كانت هذه حوالة للحق بالمعنى الدقيق . وحوالة الحق ايضا لايسلم بها الفقه الاسلامى بوجه عام . خلافا لما يقال عادة . ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لايسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها فى حدود معينة .

وحوالة الدين فى الفقه الاسلامى تدخل فى منطقة الوفاء بالدين لافى منطقة بيعه أو انتقاله (انظر فى هذا المعنى أبن القيم نقلا عن ابن تيميه فى أعلام الموقعين ج ١ ص ٣٤١) .

ويخلص من هذا أن الفقه الاسلامى لم يقر حوالة الدين بالمعنى الدقيق المعروف فى فقه القانون الوضعى . فهى فى الفقه الاسلامى اما تجديد او كفالة فى المذهب الحنفى ، وهى تجديد للدين بتغيير المدين وبتغيير الدائن فى المذاهب الأخرى» .

واقر الفقه الاسلامى حوالة الحق بشروط معينة فى أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى .

ويعتمد الفقه الاسلامى فى مشروعية الحوالة على حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم ، حيث قال : « مطل الغنى ظلم ، واذا اتبع احدكم على ملىء فليتبع » .

(انظر فى هذا الموضوع : البدائع ج ٦ ص ١ ـ ١٩ فتح القدير ج ٥ ص ٤٤٣ ـ ٤٥٢ . الزيلعى ج ٤ ص ١٧١ ـ ١٧٥ . الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٩٥ ـ ٣٠٦ . ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤٦ ـ ٤٥٩ . بداية المجتهد ج٢ ص ٢٥٠ ـ ٢٥٢ . الخرشى ج ٦ ص ١٦ ـ ٢١ . الحطاب ج٥ ص ٩٠ ـ ٩٦ . القوانين الفقهية لابن جزى ٢٢٧ . المهذب ج ١ ص ٣٣٨ و ٣٣٩ . المغنى ج ٤ ص ٥٢١ ـ ٥٣٤ . صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ج ٢ ص ٣٤١ ـ ٣٥٦ . عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠ ـ ٤٣٧) .

وانظر : م ٦٧٣ ـ ٧٠٠ من المجلة وم ٨٥٩ ـ ٨٩١ من مرشد الحيران .

وانظر كذلك : م ٩٩٣ ـ ١٠١٧ من التقنين الاردنى .

الفصل الأول

حوالة الحق

(مادة ٢٩١)

١ ـ يجوز للدائن ان يحول حقه الى شخص آخر ، الا اذا حال دون ذلك نص القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام . وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المدين .

٢ ـ واذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها ان يعجل العوض. واذا كان العوض من جنس الحق المحال به ، وجب أن يكـون مساويا له .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الحالى

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين العراقى ، مع اختلاف لفظى .

وتطابق المادة ٣٦٤ من التقنين الكويتى ، مع اختلاف لفظى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٢٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١١٣ و ١١٤ .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة مستحدثة .

وبمقتضاها اذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها أن يعجل هذا العوض . وهذا الشرط مأخوذ من مذهب الامام مالك . حيث يجب أن يعجل الثمن ، والا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالىء بالكالىء وهو بيع الدين بالدين (الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٥) .

واذا كان العوض من جنس الحق المحال به ، فيشترط لذلك أن يكون العوض مساويا للحق . فاذا اشترى المشترى الدين بثمن من جنسه اقل من قيمته ، كان سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

والمذهب المالكي ، دون المذاهب الثلاثة الاخرى ، الحنفى والشافعى والحنبلى ، يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين لغير المدين ، وهى حوالة حق عن طريق التبرع ، مايشترط لانعقاد الهبة بوجه عام .

ويشترط لانعقاد بيع الدين الى غير المدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي الى جانب ذلك شروطا أخرى هى :

(١) الا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لان شراء ما فيه خصومة غير جائز . (٢) الا يكون الدين طعاما فى ذمة المدين ، لان بيع الطعام قبل قبضه ممنوع . (٣) الا يكون الثمن من جنس الدين ، اذ المشترى يشترى الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويداخله الربا . (٤) أن يعجل الثمن ، والا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . (٥) الا يكون المشترى خصما للمدين ، والا كان فى هذا اعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر فى ذلك : المدونة الكبرى للامام مالك ج٩ ص١٢٨ ـ ١٣٠ . التساودى على التحفة ج٢ ص ٤٧ . السنهورى ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠ ص ٤٣٤ و ٤٣٥ .

وانظر المادة ٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك (الشرح الصغير وحاشيته ج٢ ص٣٧ . مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٦٨) .

وقد اعتمد المشروع من هذه الشروط الشرطين الواردين فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

(مادة ٢٩٢)

لا تجوز حوالة الحق الا بقدر مايكون منه قابلا للحجز .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٤ من التقنين الحالى ، مع استبدال لفظ « بقدر » بلفظ « بمقدار » .

وتطابق المادة ٣٦٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٦٥ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٢٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص١١٣ و ١١٤ .

(مادة ٢٩٣)

لاتكون الحوالة نافـذه فى حق المدين او فى حق الغير الا اذا قبلها المدين أو اعلن بها . على ان نفاذها فى حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى باستبدال عبارة « فى حق » بلفظ « قبل » .

وتطابق المادة ٣٦٣ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٣٠) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٣ ص ١١٦ .

(مادة ٢٩٤)

يجوز قبل اعلان الحوالة او قبولها ان يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل اليه .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٦ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٦٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٢٩٥)

ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعة وضماناته . وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من اقساط .

هذه المادة تقابل المادة ٣٠٧ من التقنين الحالي التي تنص على ان « تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد واقساط » .

وقد عدل النص التقنين الحالي على نحو يتضح منه كل ما تشمله الحوالة . كما حذف منه لفظ « فوائد » اتساقا مع ما تقدم النص عليه من تحريم للربا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٦٥ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « ينتقل الحق الى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد واقساط » .

وتقابل المادة ٣٦٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه وتأميناته » .

(مادة ٢٩٦)

يجب على المحيل ان يسلم الى المحال له سند الحق المحال به ، وان يقدم له وسائل اثبات هذا الحق ، وماهو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطابق المادة ٤٣٤ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي حذفت في لجنة المراجعة .

وتطابق المادة ٣٦٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٦٩ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٩٧)

للمدين ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه ، ان يتمسك بها قبل المحيل ، كما يجوز له ان يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٢ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٦٦ من التقنين العراقي التي تنص على ان « للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له ، عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه ، أن يحتج بها على المحيل كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٧٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ان « للمدين ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه ، ان يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصة به في مواجهة المحال له » .

(مادة ٢٩٨)

١ ـ اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ ـ اما اذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٦٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧١ من التقنين الكويتي .

(مادة ٢٩٩)

١ ـ لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان .

٢ ـ واذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٩ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٦٩ من التقنين العراقي التي تطابق الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

وتطابق في حكمها المادة ٣٧٢ من التقنين الكويتي التي تطابق الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

(مادة ٣٠٠)

اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما اخذه من المحال له مع المصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٣١٠ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

وقد عدلت صياغة نص التقنين الحالي بما يجعل الحكم أوضح كما حذف منه لفظ « الفوائد » اتساقا مع ما تقدم النص عليه من تحريم للربا .

ويلاحظ ان وضع حد اقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته . وقد قصد به قطع السبيل على المرابين الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بابخس الاثمان ، ثم يشترطون لانفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم اذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم .

والمادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٧٣ من التقنين الكويتي .

وتطابق المادة ٣٧٠ من التقنين العراقي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تذكر الفوائد ضمن ما يلزم المحيل برده كما هو الحكم في نص التقنين الحالي .

(مادة ٣٠١)

يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان .

هذه المادة تطابق المادة ٣١١ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط

وتطابق في حكمها المادة ٣٧١ من التقنين العراقي التي تنص على ان « يضمن المحيل تعديه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض وحتى لو اشترط عدم الضمان » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٧٤ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : « ١ - يكون المحيل مسئولا عن تعويض المحال له عما يلحقه من ضرر بسبب افعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض .
٢ - ويقع باطلا كل شرط يقضي بغير ذلك » .

(مادة ٣٠٢)

اذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٧٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧٥ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٠٣)

١ - اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة الى الحاجز بمثابة حجز آخر .

٢ - وفي هذه الحالة اذا وقع حجز آخر بعد ان اصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على ان يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٧٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧٦ من التقنين الكويتي .

الفصل الثاني

حوالة الدين

(مادة ٣٠٤)

تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٥ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ١/٣٣٩ من التقنين العراقي التي تنص على أن « حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه » .

وتقابل المادة ٩٩٣ من التقنين الأردني التي تنص على أن : « الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه » .

وتقابل المادة ١/٣٧٧ من التقنين الكويتي التي تنص على انه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي الى ذمة المحال عليه » .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٨٧٠ من مرشد الحيران على أنه « اذا قبل المحتال الحوالة ورضي المحتال عليه بها برئ المحيل وكفيله ان كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة ٦٧٣ من المجلة على أن « الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى » .

(أنظر رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٢٨٨) .

(مادة ٣٠٥)

١ - تنعقد الحوالة التي تتم بين المدين الأصلي والمحال عليه موقوفة على قبول الدائن .

٢ - واذا قام المدين الاصلي أو المحال عليه باعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له اجلا معقولا لقبول الحوالة ثم انقضى الأجل دون ان يصدر القبول ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة .

هذه المادة تقابل المادة ٣١٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن الا اذا اقرها .

٢ ـ واذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى باعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار ، أعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » .

وقد ادخل على هذه المادة الواردة فى التقنين الحالى التعديلان الآتيان :

اولا ـ عدلت صياغة الفقرة الأولى بحيث تصبح الحوالة موقوفة على قبول الدائن .

ثانيا ـ استبدل فى الفقرة الثانية لفظ « القبول » بلفظ « الاقرار » .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٠ من التقنين العراقى مع اختلاف لفظى .

وتقابل المادة ٣٧٨ من التقنين الكويتى التى تطابق نص التقنين الحالى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٢/٩٩٦ من التقنين الأردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٨٣ من المجلة على ان «الحوالة التى أجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له وهذا يطابق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة .

(انظر فتح القدير ج٦ ص ٣٤٧ . الكاسانى ج٦ ص١٦ . وقارن : منصور بن ادريس ، كشاف القناع ج٢ ص١٨٧) .

(وانظر عرضا لرأى الحنفية والحنابلة فى هذا الموضوع فى مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص ١٤٠ و ١٤١) .

(مادة ٣٠٦)

١ ـ اذا لم يحدد الدائن موقفه من الحوالة قبولا او رفضا ، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة .

٢ ـ على انه لا يجوز للمدين الأصلى ان يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٧ من التقنين الحالى مع استبدال لفظ « قبولا » بلفظ « اقرارا » فى الفقرة الأولى . واجراء تعديل لفظى فى صياغة هذه الفقرة .

(مادة ٣٠٧)

يضمن المدين الأصلى ان يكون المحال عليه موسرا وقت قبول الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٩ من التقنين الحالى ، مع استبدال لفظ « قبول » بلفظ « اقرار » .

وتقابل المادة ٣٦٩ من التقنين العراقى التى تنص على انه :

« اذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتقابل المادة ١٠١١ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا ضمن المحيل للمحال له يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى يساره وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

وفى الفقه الاسلامى يعتبر حكم النص المقترح تطبيقا للقاعدة التى تنص عليها المادة ١١ من المجلة ، حيث تقول : « الأصل اضافة الحادث الى اقرب أوقاته » .

(مادة ٣٠٨)

يجوز كذلك ان تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٢١ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « كذلك » بكلمة « أيضا » .

أما الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة فتقول « وتسرى فى هذه الحالة احكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ » . وهى تشير بذلك الى أن الدين فى هذه الصورة الثانية للحوالة ينتقل بضماناته وما يتصل به من دفوع ، كما هو الشأن فى الصورة الأولى للحوالة . وقد حذفت هذه الفقرة بعد نقل المادة المقترحة الى موضع متقدم يأتى قبل النص على الضمانات والدفوع ، بحيث يتضح من سياق المواد ان انتقال الدين بضماناته ودفوعه يصدق على كل من صورتى الحوالة .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٥٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص١٥٧و١٥٨ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٧٩ من التقنين الكويتى التى تنص على انه « تصح الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ولكن اذا لم يقرها المدين الأصلى فلا يكون للمحال عليه حق فى الرجوع عليه طبقا لأحكام حوالة الدين » .

وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه . ويلزم المحال عليه بالاداء ولكن ليس له الرجوع على المدين الاصلى الا اذا اقر المدين الحوالة» .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٨١ من المجلة على انه « يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما » . ومؤدى هذا ان الحوالة يصح أن تنعقد بمعزل عن المدين الأصلى ، لان تحمل الدين عنه يتمحض لمنفعته (ابن عابدين ، رد المحتار ج ٦ ص ٣٢٢) .

(مادة ٣٠٩)

١ – تبقى للدين المحال به ضماناته .

٢ – ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان أو شخصيا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ١٠٠٤ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها ما تقضى به المادة ٣٨١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – ينتقل الدين الى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته .

٢ – ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينيا كان أو شخصيا ملتزما قبل المحال له الا اذا رضى بالحوالة » .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٤٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين . فاذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشترى البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن فى الرهن ولا حق البائع فى حبس المبيع . أما اذا أحال المرتهن غريما له على الراهن فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذا اذا أحال البائع غريما له على المشترى بالثمن يسقط حقه فى حبس العين المبيعة .

٢ – على ان من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه الا اذا رضى الكفيل بالحوالة » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٨٧٠ من مرشد الحيران على أنه : « اذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها برىء المحيل وكفيله ان كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة ٦٩٠ من المجلة على أن « حكم الحوالة هو ان يبرأ المحيل من الدين ، وكفيله من الكفالة ان كان له كفيل ويثبت للمحال له حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه واذا احال المرتهن احدا على الراهن فلا يبقى له حق حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه » .

ويتضح من هذا أن الكفيل عند الحنفية يبرأ بمجرد قبول الدائن للحوالة .

ولكن الرأى عند محمد ان الدائن يستبقى حقه فى حبس الرهن المقدم من المدين نفسه (انظر مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضرية ج ٣ ص ١٥٢ و ١٥٣) .

(مادة ٣١٠)

للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلى من دفوع متعلقة بذات الدين . كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٢٠ من التقنين الحالى التى تنص على ان « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى ان يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٤٩ من التقنين العراقى التى تنص على أن « للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصا بشخص المحيل وانما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو » . وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى فقرته الأولى (م ٤٥٣) ، ويتفق فى الحكم مع نص التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٠٠٥ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٣٨٢ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٨٧٥ من مرشد الحيران على أن « يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل » . وترتب المادة على ذلك بان الدين يحتفظ فى كنف المحال عليه بمشخصاته كما لو كان حالا أو مؤجلا . ومؤدى هذه القاعدة من الناحية المنطقية جواز تمسك المدين الجديد بالدفوع قبل الدائن (انظر مذكرة المشروع للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥٥ . وانظر كذلك المادة ١٠٠٣ من التقنين الأردنى) .

(مادة ٣١١)

١ – لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن الى ذمة المشترى الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك.

٢ – فاذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة اشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته اقرارا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٢ من التقنين الحالى .

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٤٥٦) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٣ص١٦١–١٦٤ .

الباب الخامس

انقضـاء الالتزام

الفصـل الأول

الوفـاء

الفـرع الأول

طرفا الوفـاء

(مادة ٣١٢)

١ – يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء .

٢ – ويصح الوفاء أيضا ممن ليست له مصلحة فى الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته . على انه يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هذا الاعتراض .

٣ – وفى جميع الأحوال فانه يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من غير المدين اذا نص الاتفاق او استوجبت طبيعة الدين ان ينفذ المدين الالتزام بنفسه .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ .

٢ – ويصح الوفاء ايضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين او رغم ارادته ، على انه يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هذا الاعتراض » .

وقد رؤى فى المادة المقترحة اضافة فقرة ثالثة تتضمن التحفظ المشار اليه فى نص التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٣٧٥ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣١٧ من التقنين الاردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٩١ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٩٦ من مرشد الحيران على انه « يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل ان كان له كفيل أو من شريكه ان كان الدين مشتركا » . ونصت المادة ١٩٧ على انه « يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره » .

(مادة ٣١٣)

١ – يشترط لصحة الوفاء ان يكون الموفى مالكا للشئ الذى وفى به ، وان يكون اهلا للتصرف فيه .

٢ – ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق من ناقص الأهلية يكون صحيحا اذا لم يلحق الوفاء ضررا به .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٢٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه » .

« ١ – يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى وفى فيه ينقضى به الالتزام ، اذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات فى الصياغة واللفظ على النحو الوارد فى النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٩٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المواد ٣٧٦ و ٣٧٧ و ٣٧٨ من التقنين العراقى .

فالمادة ٣٧٦ من هذا التقنين تنص على انه « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه ان يكون الدافع مالكا لما دفعه فان استحق بالبينة واخذه صاحبه او هلك واخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .

والمادة ٣٧٧ تنص على انه « اذا كان المدين صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفله ودفع الدين الذى عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

والمادة ٣٧٨ تنص على انه « لا يصح للمدين أن يوفى دين احد غرمائه فى مرض موته اذا أدى هذا الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين » .

ويلاحظ أن المادة المقترحة تطابق فى حكمها المادتين ٣٧٦ و ٣٧٧ من هـذا التقنين .

وتقابل المـادتين ٣١٨ و ٣١٩ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٣١٨ من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفى مالكا لما وفى به واذا كان المدين صغيرا مميزا او كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفله ودفع الدين الذى عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

والمادة ٣١٩ تنص على انه « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين فى حق الدائنين الاخرين اذا كان المدين محجورا للدين ووفى من المال المحجور او مريضا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .

ويلاحظ أن المادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٣١٨ من هذا التقنين .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٢١٩ من مرشد الحيران على انه « اذا كان المديون صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه ودفع الدين الذى عليه صح دفعه وبرئت ذمته » .

ونصت المادة ٢٢١ على أنه « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه ان يكون الدافع مالكا لما دفعه فان استحق بالبينة واخذه صاحبه او هلك واخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .

ويتضح من هذا ان المادة المقترحة تتفق فى أحكامها مع احكام الفقه الاسلامى .

(مادة ٣١٤)

اذا وفى المدين دين بعض الدائنين وهو فى مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فادى الوفاء بالدين الى الاضرار ببقية الدائنين ، فان الوفاء لا ينفذ فى حق هؤلاء الباقين .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تقضى بان الوفاء الذى يصدر من المدين المعسر فى مرض موته لبعض دائنيه لا ينفذ فى حق الباقين منهم لما يؤدى اليه من الاضرار بهم . فيكون لهؤلاء ان يطلبوا استرداد ما دفعه المدين ، ويقسم بين جميع الدائنين قسمة الغرماء .

وهى تعتبر تطبيقا لما يقرره الفقه الاسلامى فى تصرفات المريض مرض الموت .

وهى تطابق فى حكمها المادة ٣٧٨ من التقنين العراقى التى تنص على انه « لا يصح للمدين ان يوفى دين احد غرمائه فى مرض موته اذا أدى هذا الوفاء الى الأضرار ببقية الدائنين » .

وتطابق فى حكمها ما جاء فى المادة ٣١٩ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين فى حق الدائنين الآخرين اذا كان المدين محجوراً للدين ووفى من المال المحجور او مريضا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .

(مادة ٣١٥)

١ – اذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه .

٢ – ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته ان يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلا او بعضا ، اذا اثبت أن له مصلحة فى الاعتراض على الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٩٥ من التقنين الاردنى مع اختلاف لفظى بسيط فى الفقرة الثانية .

انظر فى الفقه الاسلامى المادتين ١٩٨ و ٢٠٥ من مرشد الحيران .

(مادة ٣١٦)

اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الاحوال الآتية :

(أ) اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه .

(ب) اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تامين عينى ، ولو لم يكن للموفى أى تامين .

(ج) اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم .

(د) اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول .

وتطابق المادة ٣٧٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٧٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٩٤ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣١٧)

للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين ان يتفق مع هذا الغير على ان يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٧ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٨٠ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تشترط أن يكون الاتفاق بورقة رسمية ، كما كان الامر فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٩٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣١٨)

يجوز أيضا للمدين اذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على ان يذكر فى عقد القرض ان المال قد خصص للوفاء ، وفى المخالصة ان الوفاء كان من هذا المال الذى اقرضه الدائن الجديد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٨٠ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذه الأخيرة تشترط أن يكون الحلول بورقة رسمية ، كما كان عليه الامر فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣١٩)

من حل قانونا او اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تامينات ، وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من حل محل الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٨١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٩٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٢٠)

١ – اذا وفى غير المدين الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ – واذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل اخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٨٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٩٧ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٢١)

اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول ان يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٩٨ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٢٢)

يكون الوفاء للدائن او لنائبه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، الا اذا كان متفقا على ان الوفاء يكون للدائن شخصيا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٠ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٩٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٨٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يلي :

« ١ – يصح دفع الدين للدائن او وكيله ان كان غير محجور فان كان محجورا فلا يصح دفع الدين للدائن بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي او وصي او قيم .

٢ – فاذا دفع المدين الدين الى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين بل اذا هلك ما دفعه او ضاع من المحجور فللولي او الوصي او القيم مطالبة المدين بالدين » . ويلاحظ ان هذه الأحكام تتفق مع احكام التقنين المصري . انظر كذلك المادة ٣٢١ من التقنين الاردني .

وانظر في الفقه الاسلامي المادتين ٢١٧ و ٢١٨ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٢٣)

اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن او نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا اقر الدائن هذا الوفاء او عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، او تم الوفاء بحسن نية لشخص كان هو الدائن الظاهر

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٣ من التقنين الحالي ، فيما عدا استبدال عبارة « هو الدائن الظاهر » في نهاية النص بعبارة « الدين في حيازته » ، لان الحيازة لاترد على الحق الشخصي ، وانما يتعلق الأمر بمظهر يتوفر لشخص على غير الحقيقة ، حيث يظهر أمام الناس على انه الدائن ويحسبه الناس كذلك ، كما هي الحال بالنسبة الى الوارث الظاهر .

فاذا تم الوفاء بحسن نية لهذا الدائن الظاهر ، كان الموفي معذورا في اعتقاده أنه يفي بالدين للدائن الحقيقي في ضوء الاعتقاد بين الناس ، ومن ثم يكون هذا الوفاء مبرئا لذمة المدين ، ويبقى من حق الدائن الحقيقي ان يرجع على الدائن الظاهر وفقا للقواعد العامة .

وتطابق في حكمها المادة ٣٨٤ من التقنين العراقي التي تنص على انه « اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن او نائبه فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا اقر الدائن هذا الوفاء او تم بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهرا كالوارث الظاهر » .

وتطابق المادة ٤٠٠ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تشير الى الدائن الظاهر بعبارة « لشخص ظاهر بمظهر الدائن » .

(مادة ٣٢٤)

اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، او رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، او اعلن انه لن يقبل الوفاء ، اعتبر انه قد تم اعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمي .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٤ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٣٨٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا او اذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها او اذا اعلن انه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين ان ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الانذار .

٢ – ولا يتم اعذار الدائن الا اذا اودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وانذره بهذا الايداع » .

وتقابل المادة ٣٢٢ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا حيث يجب قبوله أو رفض القيام بالاعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن انه لن يقبل الوفاء ، أعذر اليه المدين باعلان وحدد له مدة مناسبة يتم فيها بما يجب عليه لاستيفاء حقه » .

وتطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا رفض الدائن بغير مبرر مقبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو اعلن انه يرفض الوفاء ، كان للمدين ان ينذره مسجلا عليه هذا الرفض » .

وفيما يتعلق بالفقه الاسلامي يراجع ما جاء عن المادة التالية .

(مادة ٣٢٥)

اذا تم اعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، واصبح للمدين الحق في ايداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما اصابه من ضرر .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٥ من التقنين الحالي بعد أن حذفت من هذه الأخيرة عبارة « ووقف سريان الفوائد » ، تمشيا مع تحريم الربا .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٢٣ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « يترتب على اعذار الدائن أن يصير الشيء محل الالتزام فى ضمان الدائن اذا كان من قبل فى ضمان المدين وان يصبح للمدين الحق فى ايداعه على نفقة الدائن وفى ضمان ما أصابه من ضرر » .

وتطابق فى حكمها الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « فاذا تم الانذار تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه واصبح للمدين الحق فى ايداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتض » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « وفى هذه الحالة (أى الايداع) تكون نفقات الايداع على الدائن وهو الذى يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت الايداع ومن هذا الوقت أيضا يقف سريان الفوائد » .

ولم يرد فى الفقة الاسلامى تنظيم مفصل على النحو المذكور فى المادتين ٣٢٤ ، ٣٢٥ من المشروع فى حالة رفض الدائن قبول الوفاء ، وانما ورد فى مرشد الحيران نص عامهو نص المادة ٢٠٩ التى تقضى بأنه «اذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمة فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر الى الحاكم ليأمره بقبضة » .

(مادة ٣٢٦)

اذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات ، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين بعد ان ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى ايداعه . فاذا كان هذا الشيء عقارا أو شيئا معدا للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين ان يطلب وضعه تحت الحراسة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٤ من التقنين الاردنى .

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا كان محل الوفاء عقارا أو شيئا معدا للبقاء حيث وجد وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل قام تسليم الشيء للعدل مقام الايداع » .

(مادة ٣٢٧)

١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع اليها التلف ، أو التى تكلف نفقات باهظة فى ايداعها أو حراستها ، وان يودع الثمن خزانة المحكمة .

٢ - فاذا كان الشيء له سعر معروف فى الاسواق أو كان التعامل فيه متداولا فى البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد الا اذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٧ من التقنين الحالى .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٨٧ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « واذا كان الشيء يسرع اليه التلف أو يكلف نفقات باهظة فى ايداعه فانه يجوز للمدين بعد استئذان المحكمة أو دون استئذان عند الضرورة أن يبيعه بسعره المعروف فى الاسواق فان تعذر ذلك فبالمزاد العلنى ويقوم ايداع الثمن مقام ايداع الشيء نفسه » .

وتقابل المادة ٣٢٥ من التقنين الاردنى التى تطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٨٧ من التقنين العراقى المذكورة .

ويتفق حكم التقنين العراقى والتقنين الاردنى مع حكم النص المقترح، فيما عدا ان هذين التقنينين يبيحان عند الضرورة عدم استئذان القضاء فى بيع الشيء .

(مادة ٣٢٨)

يكون الايداع أو ما يقوم مقامة من اجراء جائزا كذلك ، اذا كان المدين يجهل شخصيه الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك اسباب جدية اخرى تبرر هذا الاجراء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٨٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٢٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٠٣ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٢٩)

يقوم العرض الحقيقى بالنسبة الى المدين مقام الوفاء ، اذا تلاه ايداع يتم وفقا لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى اجراء مماثل . وذلك اذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٧ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٠٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من التقنين العراقى التى تنص على ان « يقوم الايداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته » .

(مادة ٣٣٠)

١ - اذا عرض المدين الدين واتبع العرض بايداع أو باجراء مماثل، جاز له ان يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر حكم نهائى بصحته . واذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين .

٢ - اما اذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، فانه لا يكون لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٠ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى بسيط فى الفقرة الثانية .

وتطابق المادة ٣٨٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤٠٤ من التقنين الكويتى .

الفرع الثاني

محل الوفاء

(مادة ٣٣١)

يكوو الوفاء بالشيء المستحق اصلا ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤١ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٠٥ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٩ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلا عنه دون رضاء الدائن حتى لو كان هذا البدل مساويا في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة اعلى .

٢ - اما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين في العقد فللمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٩٠ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الأردني المذكورة .

ويضيف التقنين العراقي في المادة ٣٩١ ان « رب الدين اذا ظفر عرضا بجنس حقه من مال مدينه وهو على صفته فله الاحتفاظ به » . وهذه المادة مأخوذة من الفقه الاسلامي . وهي لا تتعارض مع القواعد العامة .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ٢٠٨ و ٢٢٢ من مرشد الحيران .

وكذلك رد المحتار على الدرج ٣ ص ٢٧٦ و ٢٧٧ .

(مادة ٣٣٢)

١ - لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

٢ - واذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن ان يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين ان يرفض الوفاء بهذا الجزء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٢ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط .

وتطابق المادة ٣٣٠ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٤٠٦ من التقنين الكويتي .

والفقرة الاولى منها تطابق في حكمها المادة ٣٩٢ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا كان الدين حالا فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلا للتبعيض » .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على الحكم الوارد في الفقرة الاولى .

(مادة ٣٣٣)

اذا كان المدين ملزما بان يوفي مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأخير في الوفاء ، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، استنزل ما أدى من حساب المصروفات ثم من التعويضات ثم من اصل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا كان المدين ملزما بان يوفي مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما اداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من اصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

وقد حذف من هذا النص لفظ « الفوائد » واستبدلت به عبارة « تعويضات عن التأخير في الوفاء » تمشيا مع تحريم الربا ، واتساقا مع ما تقضي به المادة ٢٣٦ من المشروع التي تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير » . كما ادخلت بعض تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٠٧ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٣١ من التقنين الاردني التي تنص على انه « اذا كان المدين ملزما بان يوفي مع الدين اية نفقات وكان ما اداه لا يفي بالدين مع تلك النفقات حسم ما أدى من حساب النفقات ثم من اصل الدين هذا ما لم يتفق على غيره » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٩٣ من التقنين العراقي التي تطابق نص التقنين الحالي .

(مادة ٣٣٤)

اذا تعددت الديون في ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما اداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء ان يعين الدين الذي يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التعيين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٢ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٤٠٨ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ١/٣٩٣ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا دفع المدين أحد دينين واجبين في ذمته وكان أحدهما مطلقا والآخر مشمولا بكفالة أو برهن أو كان أحدهما قرضا والآخر ثمن مبيع أو كان احدهما مشتركا والآخر خالصا او كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه واختلف الطرفان في وجهة الدين يعتبر قول المدين في تعيين جهة الدفع » . وحكم هذا النص يتفق في مجموعه مع حكم التقنين الحالي .

انظر فى الفقه الاسلامى المادة ١٧٧٥ من المجلة والمادة ٢١٦ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٥)

اذالم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة ،كان الاستنزال من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدها كلفة على المدين ، فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٣ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤٠٩ من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقه الاسلامى المادة ١٧٧٥ من المجلة والمادة ٢١٦ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٦)

١ - يجب ان يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - على انه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٤ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤١٠ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادتين ٣٩٤ ، ٣٩٥ من التقنين العراقى .

فالمادة ٣٩٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا أجل الدين أو قسط الى أقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله .

٢ - فاذا لم يكن الدين مؤجلا أو حل أجله وجب دفعه فورا . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص فى القانون أن تنظر المدين الى أجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم » .

والمادة ٣٩٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا كان الدين مؤجلا فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل اذا كان الأجل متمحضا لمصلحته ويجبر الدائن على القبول .

٢ - فاذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلا كما كان » .

وهذه المادة الأخيرة تطابقها المادة ٣٣٥ من التقنين الأردنى ، وكذلك المادة ٤١١ من التقنين الكويتى . وما ورد فى هذه المواد الثلاثة من احكام يتفق مع احكام التقنين المصرى .

انظر فى الفقه الاسلامى المواد ٢١٢ و ٢١٣ و ٢١٥ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٧)

١ - اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك .

٢ - أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٣٦ من التقنين الأردنى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤١٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٩٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت العقد .

٢ - وفى الالتزامات الأخرى يكون الوفاء فى موطن المدين وقت وجوب الوفاء او فى المكان الذى يوجد فيه محل أعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال ما لم يتفق على غير ذلك » .

كما نصت المادة ٣٩٧ من التقنين العراقى على انه « اذا ارسل المدين الدين مع رسوله الى الدائن فهلك فى يد الرسول قبل وصوله هلك من من مال المدين . وان امر الدائن المدين بأن يدفع الدين الى رسول فدفعه اليه وهلك فى يده ، فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين » .

واحكام هذه المادة تتفق مع القواعد العامة .

انظر فى الفقه الاسلامى المواد من ٢٨٥ الى ٢٨٧ من المجلة ، والمادة ٢٢٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٣٨)

تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٩٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٣٨ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤١٣ من التقنين الكويتى .

انظر الفقه الاسلامى المواد من ٢٨٨ الى ٢٩٢ من المجلة .

(مادة ٣٣٩)

١ – لمن قام بوفاء جزء من الدين ان يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فاذا وفى الدين كله كان له ان يطلب رد سند الدين او الغاءه ، فان كان السند قد ضاع كان له ان يطلب من الدائن ان يقر كتابة بضياع السند .

٢ – فاذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين ان يودع الشيء المستحق ايداعا قضائيا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٩ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٣٣٩ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه : « لمن قام بوفاء الدين أو جزء منه أن يطلب مخالصة بما وفاه ، فاذا رفض الدائن ذلك جاز للمدين أن يودع الدين المستحق ايداعا قضائيا » .

الفصـل الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

الفـرع الأول

الوفـاء بمقابـل

(مادة ٣٤٠)

اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٩٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤١٤ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٤٠ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه : « يجوز للدائن أن يقبل وفاء لدينه شيئا آخر أو حقا يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشرائط العقد العامة » . وهذا النص يدخل فى نطاق الوفاء بمقابل التجديد بتغيير محل الدين ، لأنه لا يجعل المقابل قاصرا على نقل ملكية شيء ، بل يجيز كذلك أن يكون هذا المقابل التزاما .

(مادة ٣٤١)

يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث انه ينقل ملكية شيء اعطى فى مقابلة الدين ، احكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث انه يقضى الدين احكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥١ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « من حيث أنه ينقل ملكية شيء » بعبارة « فيما اذا كان ينقل ملكية شيء » لأن العبارة الأولى أدق فى الدلالة على المعنى ، اذ أن المقابل فى هذا الوفاء يكون دائما نقل ملكية شيء . وقد وردت هذه العبارة فى نص المشروع التمهيدى لهذا التقنين .

وتطابق المادة ٤٠٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤١٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – تسرى أحكام البيع على الوفاء الاعتياضى اذا كان مقابل الوفاء عينا معينة عوضا عن الدين . ٢ – وتسرى عليه أحكام الوفاء فى قضاء الدين » .

الفرع الثانى

التجديد والانابة

(مادة ٣٤٢)

يتجدد الالتزام :

اولا – بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على ان يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله او فى مصدره .

ثانيا – بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع اجنبى على ان يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الاصلى ، وعلى ان تبرا ذمة المدين الاصلى دون حاجة لرضائه ، او اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبى قبل ان يكون هو المدين الجديد .

ثالثا – بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين واجنبى على ان يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادتين ٤٠١ و ٤٠٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى تنص المادة ٢٥٠ من مرشد الحيران على أنه :

« يجوز فسخ عقد المداينة الأولى وتجديدها فى عقد آخر بتراضى المتداينين » .

(مادة ٣٤٣)

١ ـ لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان .

٢ ـ أما اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد موقوف ، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وان يحل محله .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٣ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « عقد موقوف » بعبارة « عقد قابل للابطال » جريا على خطة المشروع حيث اخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للابطال .

والفقرة الأولى منها تتفق مع المادة ٤١٧ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٤٤)

١ ـ التجديد لا يفترض ، بل يجب ان يتفق عليه صراحة ، أو ان يستخلص بوضوح من الظروف .

٢ ـ وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الا الزمان الوفاء او مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التامينات ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٤ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « أو سعر الفائدة » التى وردت بعد كلمة « التامينات » ، تمشيا مع تحريم الربا .

والفقرة الأولى منها تطابق فى حكمها المادة ٤١٨ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٤٥)

لا يكون جديدا مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار . وانما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره . على انه اذا كان الالتزام مكفولا بتامين خاص ، فان هذا التامين يبقى ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الحالى .

(مادة ٣٤٦)

١ ـ يترتب على التجديد ان ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وان ينشأ مكانه التزام جديد .

٢ ـ ولا تنتقل الى الالتزام الجديد التامينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى الا بنص فى القانون ، أو اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٩ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادتين ٤٠٣ و ٤٠٤ من التقنين العراقى .

(مادة ٣٤٧)

١ ـ اذا كان هناك تامينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى ، فان الاتفاق على نقل هذه التامينات الى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية :

(أ) اذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين ان يتفقا على انتقال التامينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضررا بالغير .

(ب) اذا كان التجديد بتغير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد ان يتفقا على استبقاء التامينات دون حاجة الى رضاء المدين القديم .

(ج) اذا كا التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم ان يتفقو على استبقاء التامينات .

٢ ـ ولا يكون الاتفاق على نقل التامينات نافذا فى حق الغير الا اذا تم مع التجديد فى وقت واحد ، وهذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل أو القيد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٧ من التقنين الحالى ، مع اضافة عبارة « أو القيد » فى نهايتها ، لكى يكون الشهر وفقا لقانون تنظيم الشهر العقارى أو قانون السجل العينى بحسب الاحوال .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٢٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٤٨)

لا ينتقل الى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٢١ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٤٩)

١ ـ تتم الانابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين .

٢ ـ ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٠٥ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٢٢ من التقنين الكويتي .

والانابة تفترض أشخاصا ثلاثه : (١) المنيب وهو المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الدين الى الدائن . (٢) المناب وهو هذا الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين ليفي الى الدائن . (٣) المناب لديه وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفي له الدين .

والانابة اما كاملة أو قاصرة .

فاذا تضمنت الانابة تجديدا بتغيير المدين ، كانت كاملة ، وفيما تبرأ ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد . ويتحقق ذلك اذا كان المنيب مدينا للمناب لديه ، ولم يكن المناب مدينا للمنيب أو كان مدينا له ، واتفق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين ، بان يقبل المناب ان يكون مدينا للمناب لديه مكان المنيب .

وقد تنطوى الانابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن، اذا كان المناب مدينا للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه هو المناب لديه بدلا من المنيب .

وهذه الانابة الكاملة التي تتضمن تجديدا بتغيير المدين وتجديدا بتغيير الدائن هي التي ترد اليها الحوالة في الفقه الاسلامي في مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة (أنظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠) .

واذا لم تتضمن الانابة تجديدا بتغيير المدين ، كانت انابة قاصرة ، وفيها لا تبرأ ذمة المنيب نحو المناب لديه ، فيبقى المنيب مدينا للمناب لديه الى جانب المناب ، ويصير للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد. وهذه الانابة هي التي يغلب وقوعها في العمل .

(مادة ٣٥٠)

١ ــ اذا اتفق المتعاقدون في الانابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المناب قبل المناب لديه ، على ان يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا والا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

٢ ــ ولا يفترض التجديد في الانابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٠ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي في الفقرة الثانية .

وتطابق المادة ٤٠٦ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان هذا التقنين لا يشترط الا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

وتتفق مع المادة ٤٢٣ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذا التقنين لا يشترط الا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

(مادة ٣٥١)

يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ، ولايبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب . وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٠٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٢٤ من التقنين الكويتي

الفرع الثالث

المقاصة

(مادة ٣٥٢)

١ ــ للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، اذا كان موضوع كل منهما نقودا او مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع ، مستحق الاداء ، صالحا للمطالبة به قضاء.

٢ ــ ولا يمنع المقاصة ان يتاجل ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « يتاجل » في الفقرة الثانية بكلمة « يتاخر » ، مراعاة للدقة في التعبير .

وتطابق المادة ٤٢٥ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ من التقنين العراقي .

فالمادة ٤٠٨ من هذا التقنين تنص على أن«المقاصة هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه » .

والمادة ٤٠٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ ــ المقاصة اما جبرية تحصل بقوة القانون أو اختيارية تحصل بتراضي المتداينين .

٢ ــ ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا . ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية ، فان كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين احدهما حالا والآخر مؤجلا او احدهما قويا والآخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببهما أو اختلف .

وتطابق فى حكمها المواد ٣٤٣ و ٣٤٤ و ٣٤٥ من التقنين الأردنى.
فالمادة ٣٤٣ من هذا التقنين تنص على ان « المقاصة ايفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه » .

والمادة ٣٤٤ من هذا التقنين تنص على أن « المقاصة اما جبرية وتقع بقوة القانون أو اختيارية تتم باتفاق الطرفين أو قضائية وتتم بحكم المحكمة » .

والمادة ٣٤٥ من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط فى المقاصة الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائنا ومدينا للآخر وأن يتماثل الدينان جنساووصفا واستحقاقا وقوة وضعفا والا يضر اجراؤها بحقوق الغير » .

وفى الفقه الاسلامى تجرى المادة ٢٢٤ من مرشد الحيران بما يطابق المادة ٤٠٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢٢٥ من مرشد الحيران فى حكمها المادة ١/٤٠٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادد ٢٢٦ من مرشد الحيران المادة ٢/٤٠٩ من التقنين العراقى .

ويتضح من هذا ان نصوص المشروع والتقنين الكويتى والتقنين العراقى والتقنين الأردنى متفقة فى أحكامها .

والمقاصة اما قانونية تقع بحكم القانون ، أو اختيارية تتم بارادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معا ، أو قضائية تتم بحكم القاضى . وأهم هذه الأنواع الثلاثة هى المقاصة القانونية . وهى التى عنى المشروع ببسط أحكامها تحت عنوان « المقاصة » . أما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية فتسرى فى شأنهما القواعد العامة . وهذا هو النهج الذى سار عليه التقنين الحالى .

(مادة ٣٥٣)

يجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ، ولكن يجب عليه فى هذه الحالة ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٢٦ من التقنين الكويتى .

(مادة ٣٥٤)

تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية :

(أ) اذا كان أحد الدينين رد شىء نزع دون حق من يد مالكه .

(ب) اذا كان أحد الدينين رد شىء مودع أو معار .

(ج) اذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ٣٦٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « تقع المقاصة فى الديون ايا كان مصدرها وذلك فيما عدا الاحوال الآتية :

(أ) اذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من مالكه وكان مطلوبا رده .

(ب) اذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده .

(ج) اذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة توخيا للدقة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المواد ٤١٠ و ٤١١ و ٤١٢ من التقنين العراقى .

فالمادة ٤١٠ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا كان اللمودع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد ، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها ، فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصا بالدين الا اذا تقاص الطرفان بالتراضى » .

والمادة ٤١١ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا أتلف الدائن عينا من مال المدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصا ، وان كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراضيهما » .

والمادة ٤١٢ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان قصاصا من غير رضاهما . وان كان من غير جنس الدين المكفول به فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضى الدائن المكفول له ، مع الكفيل لامع المدين » . وحكم هذه المادة يخالف التقنين الحالى والمشروع فى المقاصة القانونية التى تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به ، لأن هذين الدينين غير متقابلين ، فاحدهما فى ذمة المدين للدائن والآخر فى ذمة الدائن للكفيل لا للمدين . ولكن يجوز للكفيل اذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة فى دين له على الدائن ، اذ هو يفى بالدين المكفول عن طريق المقاصة ، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضى الدينان الا من وقت التمسك بالمقاصة .

وتقابل المادتين ٣٤٨ و ٣٤٩ من التقنين الأردنى .

فالمادة ٣٤٨ من هذا التقنين تطابق المادة ٤١٠ من التقنين العراقى .

والمادة ٣٤٩ من هذا التقنين تطابق المادة ٤١١ من التقنين العراقى .

وفى الفقه الاسلامى ، فان المادتين ٢٢٨ و ٢٢٩ من مرشد الحيران تتفقان فى احكامها مع الفقرتين أ و ب من المادة المقترحة ، ومع المادة ٤١٠ من التقنين العراقى ، ومع المادة ٣٤٨ من التقنين الاردنى ، ومع الفقرتين أ و ب من المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتى .

وكذلك فان المادة ٢٣٠ من مرشد الحيران تطابق المادة ٤١١ من التقنين العراقى ، والمادة ٣٤٩ من التقنين الاردنى . والتعويض عن التلف فى حكم هذه المواد يجرى عليه حكم القواعد العامة .

(مادة ٣٥٥)

١ ـ لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها .

٢ ـ ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما ، منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٢٨ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٤١٣ من التقنين العراقى التى تنص على أن « تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها » .

وتقابل المادة ٣٥٠ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتقع بقدر الأقل من الدينين » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٢٧٧ من مرشد الحيران على أنه « انما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، فان كان لأحدهما مائة ريال دينا على الآخر والمديون مائة جنيه عليه وتقاصا يسقط من قيمة الجنيهات قصاصا بقدر الريالات ويبقى لصاحب الجنيهات ما بقى منها » .

(مادة ٣٥٦)

اذا كان الدين قد مضت عليه مدة عدم سماع الدعوى لمرور الزمان وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بعدم سماع الدعوى ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « عدم سماع الدعوى لمرور الزمان » بلفظ « التقادم » وفقا لما جرى عليه الفقه الاسلامى .

وتطابق المادة ٤١٤ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٣٥١ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكمها مع القواعد العامة فى الفقه الاسلامى ، حيث أن الأصل فى الديون الا تسقط بمضى الزمن ، ومؤدى هذا الأصل هنا وجود دين مستوف لشروط المقاصة على المدين .

(مادة ٣٥٧)

١ ـ لايجوز أن تقع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير .

٢ ـ فاذا اوقع الغير حجزا تحت يد المدين ، ثم اصبح المدين دائنا لدائنه ، فلا يجوز أن يتمسك بالمقاصة اضرارا بالحاجز .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٥ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٠ من التقنين الكويتى .

وقد نصت المادة ٣٤٥ من التقنين الاردنى على أن من شروط المقاصة « الا يضر اجراؤها بحقوق الغير » .

(مادة ٣٥٨)

١ ـ اذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل .

٢ ـ اما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٧ من التقنين العراقى ، فيما عدا أن هذه الاخيرة تضيف فى نهاية الفقرة الثانية عبارة « الا اذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد اعلان الحوالة » . وهى العبارة التى كان يتضمنها نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، ولكن حذفتها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، لأن فى القواعد العامة ما يغنى عنها ، حيث أنه بعد اعلان الحوالة ينتقل الدين فلا يكون هناك محل للمقاصة (مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالى ج ٣ ص ٢٨٧) .

وتطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الكويتى ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تضيف فى نهاية الفقرة الثانية عبارة « الا اذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد اعلان الحوالة » . وهى العبارة ذكر الآن فى خصوص النص العراقى أن هذه العبارة تغنى عنها القواعد العامة .

وما جاء فى المادة المقترحة يعتبر تطبيقا آخر للقاعدة الواردة فى الفقرة الأولى من المادة السابقة ، وهى التى تقضى بأنه لايجوز أن تقع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير .

والفقرة الأولى من هذه المادة وكذلك المادة السابقة ، تعتبران تطبيقا للقاعدة الشرعية التى تقضى بأن يؤخذ فى الاعتبار تعلق حق الغير بالدين .

(مادة ٣٥٩)

اذا وفى المدين دينا وكان له ان يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز له ان يتمسك اضرارا بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، الا اذا كان يجهل وجود هذا الحق .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذه الأخيرة تضيف فى نهايتها عبارة « وكان له فى ذلك عذر مقبول » ، وهى العبارة التى كان يتضمنها نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ،

ولكن حذفتها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، لانه مادام المدين يجهل وجود الحق الذى يتمسك بالمقاصة به فان هذا الجهل فى حد ذاته عذر مقبول . وبذلك اكتفى بثبوت الجهل وترك أمر اثباته الى القواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين الحالى ج٣ ص ٢٩٠) .

وتطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الاردنى ، فيما عدا أن هذه الاخيرة تضيف فى نهايتها عبارة « وكان له فى ذلك عذر مقبول » .

وتطابق المادة ٤٣٢ من التقنين الكويتى .

الفرع الرابع

اتحاد الذمة

(مادة ٣٦٠)

اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة .

هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٧٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٨ من التقنين العراقى .

وتطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٥٣ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٣٣ من التقنين الكويتى .

ويلاحظ أن اتحاد الذمة يتحقق فى الغالب عن طريق الميراث .

فاذا ورث المدين الدائن ، كانت التركة هى الدائنة للمدين . فيرث المدين الدين الذى للتركة ، فتتحد الذمة فى الدين ، لان الحقوق التى للتركة تنتقل الى الورثة .

واذا ورث الدائن المدين ، كانت التركة هى المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث ، فتتحد الذمة أيضا فى الدين ، لان ديون التركة تنتقل الى الوارث بقدر ما آل اليه من أموال التركة . وقد ذهب رأى الى أن مبدأ « لاتركة الا بعد سداد الديون »يحول دون ان تتحد الذمة فى الدين فى هذه الحالة ، وذلك بحجة ان الدائن لا يرث الدين الذى على التركة ، اذ الديون لا تورث طبقا لهذا المبدأ ، ومن ثم لابد من سداد الدين أولا ، فيستوفى الدائن هذا الدين من التركة ، ثم يرث ما بقى منها بعد سداد الديون ، وبذلك ينقضى الدين بطريق الوفاء لا بطريق المقاصة (انظر المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٩١) . غير أنه يلاحظ على هذا الرأى أن أموال التركة تنتقل الى الوارث فور الموت بما فيها من حقوق وما عليها من ديون ، وانما يكون التزام الوارث بديون التركة فى حدود ما آل اليه من أموالها . ومن ثم فان اتحاد الذمة يتحقق بقدر الاقل من الدين الذى للوارث والأموال التى آلت اليه بالميراث . والذى يعنيه مبدأ « لاتركة الا بعد سداد الديون » ان أموال التركة لا تخلص للوارث خلوصا تاما الا بعد سداد الديون . فهذا هو المعنى الصحيح للآية الكريمة التى تقول : « من بعد وصيته يوصى بها أو دين » .

انظر فى الفقه الاسلامى : محمد أبو زهرة ، أحكام التركات ص ١٧ وما بعدها .

(مادة ٣٦١)

اذا زال السبب الذى ادى الى اتحاد الذمة ، وكان لزواله اثر رجعى ، عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشان جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن .

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤١٩ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٣٤ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٣٥٤ من التقنين الاردنى .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

وعدم سماع الدعوى به

الفرع الاول

الابراء

(مادة ٣٦٢)

ينقضى الالتزام اذا ابرا الدائن مدينه مختارا ، ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ، ويرتد برده .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧١ من التقنين الحالى .

وتقابل المادتين ٤٢٠ و٤٢٢ من التقنين العراقى .

فالمادة ٤٢٠ من هذا التقنين تنص على انه « اذا أبرا الدائن المدين سقط الدين » .

والمادة ٤٢٢ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « ١ – لايتوقف الابراء على قبول المدين، لكن اذا رده قبل القبول ارتد . وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . ٢ – ويصح ابراء الميت من دينه » .

وتقابل المادتين ٤٤٤ و٤٤٥ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٤٤٤ من هذا التقنين تنص على انه « اذا أبرا الدائن مدينه مختارا من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام » .

والمادة ٤٤٥ من هذا التقنين تنص على انه « لايتوقف الابراء على قبول المدين الا انه يرتد برده وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

وتقابل المادة ٩٣٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – ينقضى الالتزام اذا أبرا الدائن مدينه ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده .

٢ – ويترتب على الرد اعادة الالتزام بما يلحقه من صفات ، وما يضمنه من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٢٢٤ من مرشد الحيران على ان « من ابرا شخصا من حق له عليه يصح الابراء عنه وسقط عن المبرا ذلك الحق » .

ونصت المادة ٢٣٩ على أنه « لا يتوقف الابراء على قبول المدين ، لكن اذا رده قبل القبول ارتد ، وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

ونصت المادة ٢٤٠ على انه « يشترط لصحة البراءة رضاء رب الدين، فان اكره اكراها معتبرا على ابراء مدينه فلا تبرا ذمته من الدين » .

كذلك نصت المادة ١٥٦٢ من المجلة على أنه « اذا أبرأ احد آخر من حق فيسقط حقه وليس له دعوى ذلك الحق » . ونصت المادة ١٥٦٨ على انه « لا يتوقف الابراء على القبول ، ولكن يرتد بالرد .. » .

ويتضح من هذا ان حكم النص المقترح ماخوذ من الفقه الاسلامى ، شانه فى ذلك شان النصوص المقابلة فى التقنينات العربية المذكورة (انظر ، الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٣٩٠ . رد المحتار ج ٤ ص ٧١٧ الزيلعى ج٤ص ١٩٨) .

(مادة ٣٦٣)

١ – تسرى على الابراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع .

٢ – ولايشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون او اتفق عليه المتعاقدان .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٤٧ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٤٢١ من التقنين العراقى التى تنص على انه « يشترط لصحة الابراء ان يكون المبرىء اهلا للتبرع » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٥٤١ من المجلة على انه « لا يصح ابراء الصبى والمجنون والمعتوه مطلقا » . ونصت المادة ٢٣٥ من مرشد الحيران على انه « يشترط لصحة الابراء ان يكون المبرىء عاقلا بالغا اهلا للتبرع » .

ونصت المادة ١٥٧٠ من المجلة على انه « اذا ابرا المريض الذى فى مرض موته احد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا ونافذا واما لو ابرا من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله » . ونصت المادة ١٥٧١ على انه « اذا ابرا من تركته مستغرقة بالديون فى مرض موته احد مديونيه فلا يصح ابراؤه ولاينفذ » .

واحكام الفقه الاسلامى هذه تعنى ما يقضى به النص المقترح من سريان احكام التبرع على الابراء .

الفرع الثانى
استحالة التنفيذ

(مادة ٣٦٤)

ينقضى الالتزام اذا أثبت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبى لايد له فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتى .

انظر فى هذا المعنى فى الفقه الاسلامى المادتين ٢٥٤ و ٢٥٥ من مرشد الحيران . وراجع المادتين ٢٩٣ و ٦٠١ من المجلة .

الفرع الثالث
عدم سماع الدعوى لمرور الزمان

نظرة عامة :

يأخذ التقنين الحالى بمبدأ سقوط الحق الشخصى بالتقادم . ولكن المشروع يأخذ بمبدا عدم سماع الدعوى الذى تقره الشريعة الاسلامية. فثمة قاعدة أساسية فى هذه الشريعة تستند الى الحديث الشريف ، الذى يقول : « لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم » . وبناء على ذلك نصت المجلة على ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، وانه اذا اقر المدعى عليه بالحق يحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمان (م ١٦٧٤ من المجلة) . (انظر الأشباه لابن نجيم ص ٨٨) . وبهذا اخذت جميع المذاهب الفقهية .

الا ان المذهبين المالكى والحنفى ، وان كانا قد اقرا عدم سقوط الحق بالتقادم ، الا انهما اقرا من جهة اخرى عدم سماع الدعوى بالدين بعد مضى مدة معينة .

ففى المذهب المالكى اذا سكت صاحب الحق بدون عذر مانع مدة من الزمن ، قدرها البعض بعشرين سنة والبعض الآخر بثلاثين سنة، ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك وادعى هذا انه دفع الدين فانه يصدق بدون بينة ولاتسمع دعوى المدعى . وحجتهم فى ذلك ان اثبات الدفع بعد هذه المدة قد لايكون ميسورا بسبب نسيان الشهود او وفاتهم . كما ان تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن اقرارا بعدم احقيته فى هذه المطالبة .

اما الحنفية فقد اقاموا رايهم على الاستحسان لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم وجود الحق ظاهرا . كما استندوا الى أن طاعة ولى الأمر فيما لا يصادم الشرع واجبة ، والى أن ولاية القضاء مستمدة منه وانها تحتمل التخصيص بالزمان والمكان (م ١٨٠٠ و ١٨٠١ من المجلة) .

ومفاد هذا ان المذهبين المالكي والحنفي قد اقرا مبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، وبنيا ذلك على الاستحسان والضرورات العملية وعدم وجود الحق ظاهرا وقرينة الايفاء المستنتجة من السكوت على الحق وقطع الحيل والتزوير ونسيان الشهود او موتهم او غيابهم .

وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة مرور الزمان المانع سماع الدعوى بثلاث وثلاثين سنة ، وقدرها آخرون بست وثلاثين « الا ان الخلفاء العثمانيين رأوا ان هذه المدة طويلة ، وانها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس . ولهذا رأوا ان تكون هذه المدة خمس عشرة سنة مع بعض الاستثناءات التي تضمنتها نصوص المجلة.

ويلاحظ بهذه المناسبة ان مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ثلاثون سنة . ولكن الفقه الفرنسي ينتقد طول هذه المدة . كما ان مدة التقادم في القوانين الاجنبية الاخرى اقصر من ذلك ، فبعض هذه القوانين يحددها بعشرين سنة ، وبعضها يحددها بخمس عشرة سنة ، وبعضها يحددها بعشر سنوات .

من اجل ذلك استبقى المشروع مدة التقادم في التقنين الحالي ، فاعتبر أن القاعدة العامة في مده عدم سماع الدعوى أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية ، وهذه المدة تسري بالنسبة الى كل التزام لم ينص القانون في خصوصه على مدة اخرى . وقد روعي في تحديدها انها المدة التي يأخذ بها الفقه الاسلامي في المجلة وفي مرشد الحيران ، وفي مدة مناسبة لا ترهق المدين ولا تباغت الدائن ، وقد الفها الناس منذ زمن بعيد .

(مادة ٣٦٥)

لا تسمع الدعوى بالتزام على المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي ، فيما عدا الحالات التي وردت فيها احكام خاصة ، وفيما عدا الاستثناءات التالية .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٤ من التقنين الحالي التي تنص على ان « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ، وفيما عدا الاستثناءات التالية» .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في انه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الالتزام او انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٤٢٩ من التقنين العراقي التي تنص على أن « الدعوى بالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة » .

وتطابق في حكمها المادة ٤٤٩ من التقنين الاردني التي تنص على انه « لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لاتسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمسة عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة » .

وتطابق في حكمها المادة ٤٤٢ من التقنين الكويتي التي تنص على انه « لا تسمع عند الانكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الاحوال التي تعين فيها القانون مدة اخرى والاحوال المنصوص عليها في المواد التالية » .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على انه : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان . بناء عليه اذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم بانه للمدعي عنده حق في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه . . . » .

ونصت المادة ١٦٦٠ من المجلة على انه « لا تسمع دعوى الدين . . . بعد ان تركت خمس عشرة سنة » .

ونصت المادة ١٦٦٢ من المجلة على أن « المعتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع من استماع الدعوى ليس هو الا مرور الزمان الواقع بلا عذر . . . » .

ونصت المادة ١٦٦٩ من المجلة على انه « اذا ترك احد الدعوى بلا عذر ووجد مرور الزمان على ما ذكر آنفا فكما لا تسمع تلك الدعوى في حياته كذلك لا تسمع من ورثته بعد مماته ايضا » .

ونصت المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران على ان « دعوى الدين ايا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة . . . » .

ونصت المادة ٢٥٩ من مرشد الحيران على انه « كما لا تسمع دعوى الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة كذلك لا تسمع من ورثته بعد موته » .

ويتضح مما تقدم ان النص المقترح يتفق في حكمه مع حكم الفقه الاسلامي في هذا الخصوص .

(مادة ٣٦٦)

١ ـ لا تسمع الدعوى على المنكر بحق دوري متجدد ، كأجرة المباني والأراضي الزراعية والمرتبات والمعاشات، بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي .

٢ ـ ولا تسمع الدعوى على المنكر بالريع المستحق في ذمة الحائز سيىء النية او الريع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحقين بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو اقر به المدين كأجرة المباني والأراضي الزراعية ، ومقابل الحكر ، وكالفوائد والايرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات .

٢ ـ ولا يسقط الريع المستحق في ذمة الحائز سيىء النية ولا الريع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحقين الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في انه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الالتزام او انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

ويخالفه كذلك فى انه يربط بين عدم سماع الدعوى وانكار المدين بالحق فى هذه الحالة ، بحيث اذا اقر المدين بالحق يحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمان . وذلك اتفاقا مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى جميع الحالات التى لا تسمع فيها الدعوى (م ١٦٧٤ من المجلة وم ٢٥٦ من مرشد الحيران) . اذ ان هذا هو الذى يتسق مع فكرة عدم سماع الدعوى ، على اعتبار أن مرور الزمن ليس الا مانعا من المطالبة بالحق دون ان يكون سببا لسقوطه او انقضائه مادام الوفاء به لم يتم ، الامر الذى يجعل اقرار المدين بالحق مؤديا الى الحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمن .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية التقنين الحالى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا يقوم التقادم الخمسى على قرينة الوفاء ، كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم ، وانما يرجع فى أساسه الى أن المدين يفرض فيه اداء الديون الدورية المتجددة من ايراده ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لافضى ذلك الى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفريعا على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد اقراره بوجوب الدين فى ذمته (مجموعة الاعمال التحضيرية ج٣ ص٣٠٥) .

ويلاحظ على هذا القول ان اقرار المدين بالدين الواجب عليه يعنى ان الوفاء لم يتم ، وبالتالى فان ذمته ما تزال مشغولة بالدين ، وانه يريد أن يبرىء ذمته بهذا الاقرار ، مما لا يسوغ معه ان نتيح له وسيلة للتخلص من الدين رغم عدم الوفاء به . واذا اردنا ان نأخذ هذا الاقرار على وجهه الصحيح فانه فى اغلب حالاته يعتبر نزولا عن التمسك بعدم سماع الدعوى . واذا كان من المسلم ان المدين حين يتمسك بالتقادم رغم عدم الوفاء يتخلف فى ذمته التزام طبيعى يقع الوفاء به صحيحا ، فكيف نتجاهل اقراره بالدين الواجب فى ذمته . وفوق كل هذا فان اعطاء المدين الحق فى التمسك بعد سماع الدعوى رغم اقراره بالدين ، ينافى القاعدة الأساسية فى الشريعة الاسلامية التى جاءت فى الحديث الشريف : « لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم » . فعدم سماع الدعوى ليس الا استثناء يؤخذ به عند الانكار بعد مضى مدة معينة .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٤٣٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٤٣٠ من التقنين العراقى التى تنص على مايأتى :

« ١ ـ كل حق دورى متجدد كالاجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس سنوات .

٢ ـ اما الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية والريع الواجب على متولى الوقف اداؤه للمستحقين فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة » .

وتقابل المادة ٤٥٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا تسمع دعوى المطالبة بأى حق دورى متجدد كأجرة المبانى والأراضى الزراعية والمرتبات والمعاشات بانقضاء خمس سنوات على تركها بغير عذر شرعى .

٢ ـ اما الريع المستحق فى ذمة المشرف او المتولى على الوقف او فى ذمة الحائز سيىء النية فلا تسمع الدعوى به على المنكر بعد تركها بغير عذر شرعى مدة خمس عشرة سنة » .

(مادة ٣٦٧)

لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى ، اذا كانت بحق من حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء والاساتذة والمعلمين ووكلاء التفليسة والسماسرة وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ، على ان تكون هذه الحقوق مستحقة لهم عما ادوه من عمل من اعمال مهنتهم وماتكبدوه من مصروفات .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٦ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « تتقادم بخمس سنوات حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والاساتذة والمعلمين على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل من اعمال مهنتهم وماتكبدوه من مصروفات » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من الوجوه الآتية :

(١) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، بدلا من مبدأ سقوط الحق او انقضائه بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى . (٢) عمم النص المقترح الحكم فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى . (٣) أدخل النص المقترح بعض تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٤٠ من التقنين الكويتى .

وتطابق البند ١ من المادة ٤٥١ من التقنين الاردنى .

وتقابل البند الاول (أ) من المادة ٤٣١ من التقنين العراقى والبنود الاخرى ، حيث تنص على مايأتى : « ١ ـ لاتسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى سنة واحدة فى الحقوق الآتية :

ا ـ حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والاساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل وماتكبدوه من مصروفات .

٢ ـ ولا تسمع الدعوى فى هذه الحقوق حتى لو بقى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات او اعمال او اشغال او توريدات .

٣ ـ ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة ان يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على ان ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين الى ورثة المدينين او أوليائهم ان كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ ـ لكن اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

وتختلف أحكام التقنين العراقى عن احكام النص المقترح من الوجهين الآتيين :

(١) مدة التقادم فى التقنين العراقى سنة واحدة كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى ، وذلك بدلا من خمس سنوات فى النص المقترح وفى التقنين الحالى .

(٢) اوجب التقنين العراقى على المدين ان يحلف يمينا على ان ذمته مشغولة بالدين ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى .

اما ان التقادم يسرى حتى لو بقى الدائن مستمرا فيما يقوم به ، وأن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فسيأتى النص عليه ما فى مادة لاحقة .

(مادة ٣٦٨)

١ – لاتسمع على المنكر دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى . وتبدأ هذه المدة فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ – وكذلك يكون الحكم بالنسبة الى دعوى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . وتبدأ المدة المذكورة من يوم دفع هذه الضرائب والرسوم .

٣ – ولا تخل الأحكام السابقة بالأحكام الواردة فى قوانين خاصة .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

«١ – تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة . ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الاوراق ، او من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ – ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .

٣ – ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة » .

وتختلف أحكام النص المقترح عن أحكام التقنين الحالى من الوجهين الآتيين :

(١) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وذلك بدلا من مبدأ سقوط الالتزام او انقضائه الذى يأخذ به التقنين الحالى .

(٢) مدة عدم سماع الدعوى فى النص المقترح خمس سنوات ، وذلك بدلا من التقادم بثلاث سنوات فى التقنين الحالى . اذ الغالب فى القوانين الخاصة بالضرائب أن يكون سقوط الضريبة بانقضاء خمس سنوات .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٤١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « ١ – لاتسمع عند الانكار دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضى خمس سنوات . ويبدأ سريان هذه المدة فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق فيها وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق او من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ – وكذلك يكون الحكم اذا كانت الدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان المدة فى هذه الحالة من يوم اخطار الممول بالتسوية النهائية لتلك الضرائب والرسوم » .

وتقابل البند ٢ من المادة ٤٥١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « لا تسمع الدعوى عند الانكار وعدم قيام العذر الشرعى اذا انقضت خمس سنوات على الحقوق الآتية : ٢ – ما يستحق رده للأشخاص من الضرائب والرسوم اذا دفعت بغير حق دون الاخلال بالأحكام الواردة فى القوانين الخاصة » .

(مادة ٣٦٩)

لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها بغير عذر شرعى سنة واحدة اذا كانت بحق من الحقوق الآتية : –

(أ) حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لأشخاص لايتجرون فى هذه الأشياء ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق العمال والخدم والاجراء ، من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ماصرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق العمال والخدم والاجراء ، من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

٢ – ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة ان يحلف اليمين على أنه ادى الدين فعلا . وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه وتوجه الى ورثة المدين أو أوصيائهم ، ان كانوا قصرا ، بأنهم لايعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » .

وتختلف احكام النص المقترح عن احكام التقنين الحالى من الوجهين الآتيين : (١) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وذلك بدلا من مبدأ سقوط الالتزام او انقضائه الذى يأخذ به التقنين الحالى .

(٢) لم يأخذ النص المقترح بفكرة يمين الاستيثاق التى يوجهها القاضى الى المدين او ورثته او أوصيائهم ، لان تحليف اليمين يفترض معه سماع الدعوى والحال انها لا تسمع عند الانكار وانقضاء المدة المقررة .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٥٢ من التقنين الاردني ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تجعل المدة سنتين .

وتقابل البند الأول ب و ج من المادة ٤٣١ من التقنين العراقي والبنود الاخرى ، حيث تنص على ما يأتي : –

« ١ – لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : ب – حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لايتجرون في هذه الأشياء وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

ج – حقوق العملة والخدم والاجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

٢ – ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات او اعمال أو اشغال أو توريدات.

٣ – ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة ان يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين الى ورثة المدينين او اوليائهم ان كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ – لكن اذا تحرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويختلف النص العراقي عن النص المقترح في أنه يوجب على المدين ان يحلف يمينا على أن ذمته مشغولة بالدين كما هي الحال في التقنين الحالي .

اما ان التقادم يسري حتى لو بقي الدائن مستمرا فيما يقوم به ؛ وان تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فسيأتي النص عليهما في مادة لاحقة .

وتقابل المادة ٤٤٢ من التقنين الكويتي التي تنص على مايأتي :

« ١ – لا تسمع عند الانكار الدعوى بانقضاء سنة واحدة اذا كانت بحق من الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لاشخاص لا يتجرون فيها ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وثمن الطعام وكل ماصرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم .

٢ – ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى في الاحوال السابقة ان يحلف اليمين بأنه ادى الدين فعلا ، فان كان وارثا للمدين او نائبا قانونيا عنه او عن ورثته حلف اليمين بأنه لا يعلم بوجود الدين أو بأنه يعلم بوفائه وتوجه المحكمة هذه من اليمين من تلقاء نفسها» .

(مادة ٣٧٠)

١ – تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٦٧ و ٣٦٩ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يقدمون تقدمات اخرى .

٢ – واذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعوى به الا بانقضاء خمس عشرة سنة .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – يبدأ سريان التقادم في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦، ٣٧٨ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يقدمون تقدمات أخرى .

٢ – واذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في انه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقوم به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تطابق البندين ٢ و ٤ من المادة ٤٣١ من التقنين العراقي وقد تقدم ذكرها .

وتطابق المادة ٤٥٣ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٤٣ من التقنين الكويتي .

(مادة ٣٧١)

١ – تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، فيما لم يرد فيه نص خاص ، من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء .

٢ – فبالنسبة الى دين معلق على شرط واقف تبدأ المدة من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة الى دين مؤجل تبدأ المدة من وقت انقضاء الأجل ، وبالنسبة الى ضمان الاستحقاق تبدأ المدة من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق .

٣ – واذا كان تعيين ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، تبدأ المدة من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء .

٢ – وبخاصة لا يسري التقادم بالنسبة الى دين معلق على شرط واقف الا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة الى ضمان الاستحقاق الا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة الى الدين المؤجل الا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل .

٣ – واذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في انه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الالتزام او انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

ويخالفه كذلك فيما ادخل عليه من تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٣٤ من التقنين العراقي .

والفقرتان الأولى والثالثة منها تطابقان في الحكم المادة ٤٤٥ من التقنين الكويتي ، مع بعض الاختلافات اللفظية .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٥٤ من التقنين الاردنى ، مع اغفال هذه الاخيرة للدين المؤجل .

انظر فى الفقه الاسلامى المادة ١٦٦٧ من المجلة ، والمادة ٢٥٨ من مرشد الحيران ، حيث تتفق احكامهما مع ما جاء فى الفقرتين الأولى والثانية من النص المقترح .

(مادة ٣٧٢)

تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالأيام ، ولا يحسب اليوم الاول منها ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الاول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى فى أنه يشير الى مبدا عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، بدلا من مبدا سقوط الالتزام او انقضائه بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

ويخالفه كذلك فيما ادخل عليه من تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٤٤ من التقنين الكويتى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٥٦ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى : « تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالأيام ، ولا يحسب اليوم الاول منها ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها الا اذا كان عطلة رسمية فانه يمتد الى اليوم التالى » .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٣٣ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادى وتكون بالايام لا بالساعات » .

(مادة ٣٧٣)

ولا تسمع الدعوى اذا تركها السلف مدة ، ثم تركها الخلف من بعده مدة اخرى ، اذا بلغ مجموع المدتين الحد المقرر لعدم سماعها .

هذه المادة مستحدثة . وبمقتضاها يجوز فى حساب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ان تضم المدة التى ترك السلف الدعوى خلالها الى المدة التى ترك الخلف الدعوى خلالها . بحيث لا تسمع الدعوى اذا كان مجموع هاتين المدتين يبلغ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى .

وهى تطابق المادة ٤٣٢ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٥٥ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٦٧٠ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « اذا ترك المورث الدعوى مدة ، وتركها الوارث أيضا مدة ، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع » .

(مادة ٣٧٤)

تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعى يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ، ولو كان هذا العذر من قبيل المانع الادبى الذى يحول دون المطالبة بالحق ، أو كان راجعا الى مجرد الخوف ممن له نفوذ وسلطان . وكذلك تقف المدة فيما بين الأصيل والنائب .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا ، وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الاصيل والنائب .

٢ ـ ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية او فى حق الغائب او فى حق المحكوم عليه بعقوبة جناية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » .

وتخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من وجوه :

١ ـ يشير النص المقترح الى مبدا عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى بدلا من نظام التقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

٢ ـ اضيف الى المانع الادبى من المطالبة لعذر شرعى حصة شارع فى النص الحالى بنذر ، ان يكون العذر راجعا الى مجرد الخوف ممن له نفوذ وسلطان وهذه الاضافة مأخوذة من الفقه الاسلامى ، ولها ما يبررها

فقد جاء فى الحطاب : فلو كان هناك مانع يمنعه فى الكلام ، فان حقه لا يبطل ، وفسر أبن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر فيكون المراد بالمانع فى كلامه الخوف اى خوف المدعى من الذى فى يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستندا لذى سلطان (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٦ ص ٢٢٢) .

ونصت المادة ١٦٦٣ من المجلة على أن « اذا كان الرجل مع أحد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمن لايكون مانعا لاستماع الدعوى واما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زمان التغلب » .

٣ ـ لا يفرق النص المقترح بين مدة وأخرى من المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة الى من لا تتوافر فيه الأهلية والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية اذا لم يكن لاحدهم نائب يمثله قانونا . حيث يتوفر العذر الشرعى الذى يقف المدة ايا كان مقدارها مادام ان ليس هناك نائب يمثل من لا تتوافر فيه الأهلية او الغائب او المحكوم عليه بعقوبة جناية .

بينما يذهب التقنين الحالى الى انه اذا لم تزد المدة على خمس سنوات فان العذر الشرعى الذى يؤدى الى وقفها لا يعتبر متوافرا حتى ولو لم يكن لأى من هؤلاء نائب يمثله قانونا . والحجة فى ذلك أن مدد التقادم التى لاتزيد على خمس سنوات يقوم التقادم فيها على اعتبارات يستوى عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد ، والغائب بالحاضر ، والمحكوم عليه بمن لم يحكم عليه . فالحقوق الدورية

المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فترهقه . وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات ، والتقادم هنا يقوم على قرينة الوفاء وعدم ارهاق المدين . وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والاجراء تتقادم بسنة واحدة ، والتقادم هنا يقوم على قرينة الوفاء .

ويلاحظ على هذا النظر ما تقدم ذكره من ان القاعدة الأساسية فى الشريعة الاسلامية أن الحق لا يسقط أو ينقضى بمرور الزمن ، طال هذا الزمن أو قصر ، وذلك استنادا الى الحديث الشريف الذى يقول : « لايبطل حق امرىء مسلم وان قدم » ومن ثم كان عدم سماع الدعوى استثناء لايؤخذ به الا اذا توفر شرطاه ، وهما وجود العذر الشرعى الذى تتعذر معه المطالبة بالحق ، وترك الدعوى طوال المدة المقررة لعدم سماعها . ويقابل ذلك ان توافر هذين الشرطين يتحتم معه منع سماع الدعوى متى تمسك به المدين ، دون نظر الى الاعتبارات الأخرى التى تساق لتبرير التقادم . ولا شك فى ان عدم وجود نائب يمثل من لا تتوافر فيه الاهلية او الغائب او المحكوم عليه بعقوبة جنائية يعتبر عذرا شرعيا يحول دون امكان المطالبة بالحق ، سواء كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى خمس سنوات او اقل او أكثر من ذلك . فالعذر الشرعى والمدة المقررة لعدم سماع الدعوى امران متلازمان . ولهذا اغفل النص المقترح حكم الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ من التقنين الحالى .

وغنى عن البيان ان العذر الشرعى هو قيام المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، وانما آثر المشروع أن يستعمل فى هذا المقام تعبير « العذر الشرعى » الذى جرت به اقلام الفقهاء المسلمين لبلاغته فى الايجاز والدلالة .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادتين ٤٣٥و٤٣٦ من التقنين العراقى .

فالمادة ٤٣٥ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « ١ - تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعى ، كان يكون المدعى صغيرا او محجورا وليس له ولى او غائبا فى بلاد اجنبية نائية او ان تكون الدعوى بين الزوجين او بين الاصول والفروع أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعى أن يطالب بحقه .

٢ - والمدة التى تمضى مع قيام العذر لا تعتبر » .

والمادة ٤٣٦ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « اذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقى الورثة عذر شرعى تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين » .

وتطابق فى حكمها المادتين ٤٥٧ ، ٤٥٨ من التقنين الأردنى .

فالمادة ٤٥٧ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعى يتعذر معه المطالبة بالحق . ٢ - ولا تحسب مدة قيام العذر فى المدة المقررة » .

والمادة ٤٥٨ من هذا التقنين تنص على ماياتى : « اذا ترك بعض الورثة الدعوى بحق مورثهم المدة المقررة لسماع الدعوى بغير عذر شرعى وكان للبعض الآخر عذر شرعى تسمع دعوى هؤلاء بقدر انصبتهم » .

وتطابق فى حكمها المادتين ٤٤٦ و ٤٤٧ من التقنين الكويتى .

فالمادة ٤٤٦ من هذا التقنين تنص على ما ياتى :

« ١ - لاتسرى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع ادبيا ، كما انها لاتسرى كذلك فيما بين الاصيل والنائب .

٢ - ويعتبر مانعا يتعذر معه المطالبة بالحق عدم توفر الاهلية فى الدائن او غيبته او الحكم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » .

والمادة ٤٤٧ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة الى بعض ورثة الدائن ، فان المدة لاتوقف بالنسبة الى بقية الورثة » .

وفى الفقه الاسلامى كذلك انظر المواد ١٥٧ و ٢٥٦ و ٢٦١ من مرشدالحيران .

(مادة ٣٧٥)

تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة ، وبالتنبية ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وباى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير فى احدى الدعاوى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٨٣ من التقنين الحالى ، فيما عدا انها تتضمن تعبير « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » بدلا من كلمة « التقادم » الواردة فى نص التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٣٧ من التقنين العراقى التى تنص على ما ياتى :

« ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر فان طالب الدائن غريمه فى المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها .

٢ - وكالمطالبة القضائية الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس او توزيع وبوجه عام أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير فى أحدى الدعاوى » .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٦٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ماياتى : « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية او باى اجراء قضائى يقوم به الدائن للتمسك بحقه » .

وتطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى انظر المادة ٢٦٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٧٦)

١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا او ضمنيا .

٢ - ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تامينا لوفاء الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٨٤ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » بكلمة (التقادم) الواردة فى نص التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٣٨ من التقنين العراقى .

وتطابق فى حكمها المادة ٤٥٩ من التقنين الأردنى التى تنص على ان « اقرار المدين بالحق صراحة او دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى » .

وتقابل المادة ٤٥٣ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا او ضمنيا ٢ – ويعتبر اقرارا ضمنيا ترك المدين ماله تحت يد الدائن اذا كان المال مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين ، أو كان الدائن قد حبسه بناء على حقه فى الامتناع عن رده الى حين الوفاء بالدين المرتبط به عملا بالمادة ٣١٨ » .

وفى الفقه الاسلامى : انظر المادتين ١٦٠ و ١٦١ من مرشد الحيران . وهما تتضمنان اقرارا ضمنيا بحق واضع اليد فى دعوى الملك .

(مادة ٣٧٧)

١ – اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدات مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولى .

٢ – على أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، أو انقطعت المدة باقرار المدين ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ١ – اذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول .

٢ – على انه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى او اذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، الا ان يكون الدين المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء الا بعد صدور الحكم » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من الوجوه الآتية :

١ – يشير النص المقترح الى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدلا من نظام التقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

٢ – يقضى النص المقترح بأنه اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى باقرار المدين ، فان المدة الجديدة تصبح خمس عشرة سنة ، ولو كانت المدة الاولى اقل من ذلك ، بحيث يسرى هذا الحكم على جميع المدد التى تقل عن خمس عشرة سنة ، دون تفرقة بين دين وآخر .

بينما يقصر التقنين الحالى هذا الحكم على الديون التى تتقادم بسنة واحدة . مع أنه لا مبرر للتفرقة فى هذا الصدد بين حقوق أصحاب المهن الحرة التى تتقادم بخمس سنوات وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والاجراء التى تتقادم بسنة واحدة . اذ يقوم التقادم فى كلا الفريقين على قرينة الوفاء . والواقع ان هذه التفرقة لم تكن مقصودة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من التقنين الحالى . حيث يرجع ذلك الى أن المادة المقابلة للمادة ٣٧٦ من التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى كانت تنص على تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بسنة واحدة ، فكانت تدخل فى الحقوق التى تتحول مدة التقادم فيها من سنة واحدة الى خمس عشرة سنة لصدور اقرار بها من المدين . ولما عدلت مدة التقادم فيها فارتفعت الى خمس سنوات لم يلاحظ ادخال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل مقابل فى نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ . لا سيما وان هذا لا يتسق مع ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ من أنه اذا حرر سند بالدين بحق من الحقوق التى تدخل فى اى من الفريقين المذكورين ، فان مدة التقادم ترتفع الى خمس عشرة سنة . حيث ان تحرير سند بالدين يعتبر حالة خاصة من حالات اقرار المدين بالدين .

وقد راعى المشروع فى هذا التعديل ان قرينة الوفاء هى الاعتبار الأساسى الذى يقوم عليه حكم عدم سماع الدعوى بالنسبة الى الديون التى تتقادم بمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، سواء كانت هذه المدة خمس سنوات او سنة واحدة ، وذلك نظرا الى طبيعة هذه الديون التى لا يؤلف ان يسكت عنها أصحابها مدة طويلة . فاذا انقطعت المدة باقرار المدين انتفت هذه القرينة ، واصبح الدين فى عداد الديون العادية التى لا تسمع الدعوى فيها بعد انقضاء خمس عشرة سنة . فكما تنتفى قرينة الوفاء فى حالة الحكم بالدين ، فانها تنتفى كذلك فى حالة انقطاع المدة بالاقرار . وكما ان الحكم يقوى الالتزام ، ويمده بسبب جديد للبقاء ، فلا يمتنع سماع الدعوى به الا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، فكذلك الحال بالنسبة الى الاقرار ، فلا يمتنع سماع الدعوى بالدين المقر به الا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الاقرار . حيث تزول عن الدين صفته الأولى ، فتسرى فى شأنه مدة عدم سماع الدعوى فى الأصل ، وهى خمس عشرة سنة . وبذلك يغدو هذا الحكم متسقا مع ما تقرره المادة ٢/٣٧٠ من المشروع من انه اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعوى به الا بانقضاء خمس عشرة سنة .

٣ – أغفل النص المقترح ما ورد فى نص التقنين الحالى من جعل الدين المحكوم به ، فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لاتستحق الاداء الا بعد صدور الحكم ، يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة ، وذلك نظرا الى أن هذا ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، فيؤخذ به دون حاجة الى النص عليه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٣٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الاولى .

٢ – على أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة الثبات او اذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت باقرار المدين كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة » .

وتقابل المادة ٤٦١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى . ٢ – ولا يسقط الحق مهما كان نوعه اذا قضت به المحكمة بحكم لا يقبل الطعن . » .

وتتفق مع المادة ٤٥٠ من التقنين الكويتي التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى . ٢ ـ ومع ذلك فان المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة فى الأحوال الآتية :

« ١ ـ اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأت مدة جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى .

٢ ـ أذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، وذلك فيما عدا ما يتضمنه الحكم من التزامات دورية متجددة وتكون مستحقة الأداء بعد صدوره .

(ب) اذا كان الحق مما لا تسمع به الدعوى بمرور خمس سنوات وفقا للمادة ٤٤٠ أو بمرور سنة واحدة وفقا للمادة ٤٤٢ وانقطعت المدة باقرار المدين .

وانظر فى الفقه الاسلامى المادتين ١٦٠ و ١٦١ من مرشد الحيران ، وهما تتضمنان اقرارا ضمنيا بحق واضع اليد فى دعوى الملك ، الأمر الذى يحول دون سماع الدعوى رغم عدم مضى خمس عشرة سنة .

(مادة ٣٧٨)

لا ينقضى الحق بمرور الزمان . فاذا اقر المدين بالحق امام القضاء اخذ باقراره . واذا أنكر المدين الحق ، فلم تسمع الدعوى ضده ، تخلف فى ذمته التزام طبيعى .

هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من وجهين :

(١) يقرر النص المقترح أن الحق لا ينقضى بمرور الزمان . وذلك على خلاف التقنين الحالى الذى ينص على انقضاء الالتزام بالتقادم .

(٢) يقضى النص المقترح بانه اذا أقر المدين بالحق امام القضاء فانه يؤخذ باقراره دون اعتبار لمرور الزمن . وذلك على خلاف التقنين الحالى الذى يخول المدين الحق فى ان يتمسك بالتقادم رغم اقراره بالدين ، وذلك بالنسبة الى الحقوق الدورية المتجددة .

ذلك ان النص المقترح يبدأ بتقرير القاعدة الأساسية التى تأخذ بها الشريعة الاسلامية والتى تستند الى الحديث الشريف الذى يقول: « لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم » . تلك القاعدة التى نصت عليها المجلة ، فقضت بأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان (م ١٦٧٤ مجلة) .

ويترتب على هذه القاعدة الأساسية نتيجتان هامتان وردتا فى النص المقترح .

الأولى ، انه اذا أقر المدين بالحق امام القضاء فانه يؤخذ باقراره دون اعتبار لمرور الزمن . وقد نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على هذه النتيجة . حيث انه بالاقرار تنتفى قرينة الوفاء التى يقوم عليها عدم سماع الدعوى ، كما تنتفى الاعتبارات الأخرى التى تبرر عدم السماع .

والثانية ، انه اذا أنكر المدين رغم عدم الوفاء، فلم تسمع الدعوى ضده ، تخلف فى ذمته التزام طبيعى . حيث تظل ذمة المدين مشغولة بالدين ، الأمر الذى يتنافى مع ما يقرره التقنين الحالى من ان الالتزام ينقضى بالتقادم . فاذا قام المدين بالوفاء بعد تمسكه بعدم سماع الدعوى وقع وفاؤه صحيحا ، ولو لم يكن عن بينة . بمعنى انه لا يستطيع أن يسترد ما اداه ، ولو كان قد وقع فى غلط بان اعتقد عند الوفاء انه ملزم باداء الدين .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٤٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « لا يسقط الحق بمرور الزمان ، فاذا اقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة اخذ باقراره، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك» .

وتقابل ما جاء فى صدر المادة ٤٤٩ من التقنين الاردنى من انه « لا ينقضى الحق بمرور الزمان . . . » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على ما يأتى : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان . بناء عليه اذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة فى حضور الحاكم بانه للمدعى عنده حق فى الحال فى دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذى ادعاه المدعى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه . . . » وهذا النص يطابق فى خصوص ما تناوله ما جاء فى النص المقترح .

(مادة ٣٧٩)

اذا لم تسمع الدعوى بالحق ، فلا تسمع بملحقاته ، ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماعها بهذه الملحقات .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالى من وجهين :

(١) يتحدث النص المقترح عن عدم سماع الدعوى بالحق ، وذلك على خلاف التقنين الحالى الذى يتحدث عن سقوط الحق بالتقادم .

(٢) يقتصر النص المقترح على ذكر كلمة « الملحقات » بدلا من عبارة « الفوائد وغيرها من الملحقات » التى وردت فى التقنين الحالى وبذلك

أمكن تلافى ذكر الفوائد التى عنى التقنين الحالى بذكرها دون غيرها من الملحقات .

فعدم سماع الدعوى بالحق يستتبع عدم سماعها بملحقاته من كفالة ورهن رسمى وحق امتياز ونحو ذلك . فتبرأ ذمة الكفيل ، ويمتنع سماع الدعوى بالرهن والامتياز ، حيث يزول التابع بزوال الأصل . ويبقى التابع ما بقى الأصل ، ولو اكتملت بالنسبة الى التابع مدة عدم سماع الدعوى . فاذا كانت الدعوى مازالت تسمع بالدين الأصلى بسبب انقطاع المدة مثلا ، فان ضماناته تبقى ولو أكتملت بالنسبة اليها مدة عدم سماع الدعوى .

والمادة المقترحة تطابق فى حكمها المادة ٤٦٢ من التقنين الاردنى التى تنص على ان « عدم سماع الدعوى بالحق لمرور الزمان يستتبع عدم سماعها بتوابعه ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه التوابع » .

الكتاب الثانى

العقود المسماة

نظرة عامة :

يسير المشروع فى هذا الصدد على نهج التقنين الحالى ، فيرتب العقود المسماة ترتيبا منطقيا على أساس محل العقد ، وبذلك تنقسم هذه العقود الى عقود ترد على الملكية ، وعقود ترد على المنفعة • وعقود ترد على العمل ، وعقود تعاون ، وأخيرا عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصى فلا يدخل فى العقود المتقدمة ويجب فى الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدى الضمان العينى وهما عقد الرهن وعقد رهن الحيازة •

وقد رأينا فيما تقدم أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر • فمحل الالتزام هو الاداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن • أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد • واذ كان أثر العقد هو انشاء التزامات ، فان هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد • وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التى يخضع لها الآخر •

ومن ثم جرى المشروع على أن ينوه فى تعريف كل عقد بالمحل الذى ينصب عليه ، أى العملية القانونية المقصودة من العقد باعتبارها العنصر الجوهرى المكون له ، دون ذكر للالتزام الذى يترتب عليه • وهو بذلك يخالف ما جرى عليه التقنين الحالى ، نظرا الى أن التعريف يجب أن يتناول العناصر الجوهرية المكونة للعقد •

الباب الأول

العقود التى ترد على الملكية

الفصل الأول

البيع

الفرع الأول

البيع بوجه عام

١ ـ اركان البيع •

(مادة ٣٨٢)

البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شىء أو حق مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى •

هذه المادة تقابل المادة ٤١٨ من التقنين الحالى التى تنص على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل الى المشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » •

ويؤخذ على نص التقنين الحالى انه يعرف البيع بالأثر الذى يترتب عليه ، وهو التزام البائع بنقل الملكية • مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهى تتركز فى اتجاه ارادة الطرفين الى تحقيق عملية قانونية معينة ، هى محل العقد • والعملية القانونية المقصودة من البيع هى انتقال ملكية شىء أو انتقال حق مالى آخر من البائع الى المشترى • حيث يرتب عقد البيع التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد •

ولهذا جاء فى التعريف المقترح أن مقتضى عقد البيع هو انتقال ملكية شىء أو حق مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى •

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « البيع عقد على تمليك شىء أو نقل حق مالى آخر لقاء عوض نقدى » •

وتقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض » •

وتقابل المادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ من التقنين العراقى •

فالمادة ٥٠٦ من هذا التقنين تنص على أن «البيع مبادلة مال بمال» والمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أن « البيع باعتبار المبيع اما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهى المقايضة » •

وفى هذا العدد يختلف التصوير الفنى فى الفقه الاسلامى عنه فى فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى • ففى الفقه الاسلامى ينتقل الملك بالعقد • أما فى الفقه اللاتينى فالعقد ينشىء التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد •

وهذا الاختلاف فى التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهى ان الحق ينتقل الى المشترى بالعقد ، وقد رؤى الأخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، لأنه أدق من الناحية الفنية • فاذا كان المبيع معينا بالذات ومملوكا للبائع ، فان ملكيته تنتقل الى المشترى بمجرد العقد • وقد يتطلب الشارع لهذا الانتقال شروطا خاصة ، كالافراز فى المنقول المعين بالنوع والتسجيل فى العقار ، فلا تنتقل الملكية الا بتوافر هذه الشروط أعمالا للقاعدة الأصولية وهى أن الحكم لا يترتب الا اذا وجد سببه وتوفرت شروطه • فالسبب هنا هو العقد ، وكل من الافراز والتسجيل شروط لترتيب الحكم (أنظر المذكرة الايضاحية للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ من المشروع) •

الكتاب الثانى

العقود المسماة

نظرة عامة :

يسير المشروع فى هذا الصدد على نهج التقنين الحالى ، فيرتب العقود المسماة ترتيبا منطقيا على أساس محل العقد ، وبذلك تنقسم هذه العقود الى عقود ترد على الملكية ، وعقود ترد على المنفعة . وعقود ترد على العمل ، وعقود تعاون ، وأخيرا عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصى فلا يدخل فى العقود المتقدمة ويجب فى الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدى الضمان العينى وهما عقد الرهن وعقد رهن الحيازة .

وقد رأينا فيما تقدم أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر . فمحل الالتزام هو الاداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن . أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . واذ كان أثر العقد هو انشاء التزامات ، فان هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التى يخضع لها الآخر .

ومن ثم جرى المشروع على أن ينوه فى تعريف كل عقد بالمحل الذى ينصب عليه ، أى العملية القانونية المقصودة من العقد باعتبارها العنصر الجوهرى المكون له ، دون ذكر للالتزام الذى يترتب عليه . وهو بذلك يخالف ما جرى عليه التقنين الحالى ، نظرا الى أن التعريف يجب أن يتناول العناصر الجوهرية المكونة للعقد .

الباب الأول

العقود التى ترد على الملكية

الفصل الأول

البيع

الفرع الأول

البيع بوجه عام

١ ـ أركان البيع .

(مادة ٣٨٢)

البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شىء او حق مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٨ من التقنين الحالى التى تنص على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل الى المشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالى انه يعرف البيع بالأثر الذى يترتب عليه ، وهو التزام البائع بنقل الملكية . مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهى تتركز فى اتجاه ارادة الطرفين الى تحقيق عملية قانونية معينة ، هى محل العقد . والعملية القانونية المقصودة من البيع هى انتقال ملكية شىء أو انتقال حق مالى آخر من البائع الى المشترى . حيث يرتب عقد البيع التزامات على عاتق كل من الطرفين . وهذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء فى التعريف المقترح أن مقتضى عقد البيع هو انتقال ملكية شىء أو حق مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « البيع عقد على تمليك شىء أو نقل حق مالى آخر لقاء عوض نقدى » .

وتقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض » .

وتقابل المادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ من التقنين العراقى .

فالمادة ٥٠٦ من هذا التقنين تنص على أن «البيع مبادلة مال بمال» والمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أن « البيع باعتبار المبيع اما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهى المقايضة » .

وفى هذا العدد يختلف التصوير الفنى فى الفقه الاسلامى عنه فى فقه القانون الوضعى وهو الفقه اللاتينى . ففى الفقه الاسلامى ينتقل الملك بالعقد . أما فى الفقه اللاتينى فالعقد ينشىء التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد .

وهذا الاختلاف فى التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهى أن الحق ينتقل الى المشترى بالعقد ، وقد رؤى الأخذ بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى ، لأنه أدق من الناحية الفنية . فاذا كان المبيع معينا بالذات ومملوكا للبائع ، فان ملكيته تنتقل الى المشترى بمجرد العقد . وقد يتطلب الشارع لهذا الانتقال شروطا خاصة ، كالافراز فى المنقول المعين بالنوع والتسجيل فى العقار ، فلا تنتقل الملكية الا بتوافر هذه الشروط أعمالا للقاعدة الأصولية وهى أن الحكم لا يترتب الا اذا وجد سببه وتوفرت شروطه . فالسبب هنا هو العقد ، وكل من الافراز والتسجيل شروط لترتيب الحكم (أنظر المذكرة الايضاحية للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ من المشروع) .

وقد نصت المادة ٥٣١ من التقنين العراقي في هذا المعنى على أنه (اذا كان المبيع عينا معينة بالذات أو كان قد بيع جزافا ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع . وأما اذا كان المبيع لم يعين الا بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالافراز) .

كما نصت المادة ٤٦٣ من التقنين الكويتي في هذا المعنى على أنه (يترتب على البيع نقل ملكية المبيع اذا كان معينا بالذات ومملوكا للبائع ، فان لم يعين المبيع الا بنوعه لا تنتقل ملكيته الا بالافراز . وكل ذلك ما لم يقض القانون او الاتفاق بغيره ودون اخلال بقواعد التسجيل) .

والبيع في الفقه الاسلامي ، هو كما تقول المجلة (م ١٠٥) ، « مبادلة مال بمال » ، وهو ما ينص عليه التقنين العراقي (م ٥٠٦) ، او هو ، كما يقول مرشد الحيران (م ٣٤٣) ، « تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمنا للمبيع » . ففي هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود، فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم . والبيع المطلق هو بيع العين بالنقد ، والمقايضة هي بيع العين بالعين ، والصرف هو بيع النقد بالنقد ، والسلم بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال على أن يوجد الشيء ويسلم الى المشتري في أجل معلوم .

والبيع في المشروع هو البيع المتعارف في الفقه الاسلامي . فيجب أن يكون مقابل المبيع ثمنا نقديا . وبذلك يتميز البيع عن المقايضة .

ويتفق النص المقترح مع ما تنص عليه المادة الأولى من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ، حيث تقول : « البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي على وجه التراضي » .

(مادة ٣٨٣)

لا يصح أن يكون البيع احتماليا جزافا . فاذا ورد البيع على شيء مستقبل وجب أن يعين هذا الشيء تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، فتذكر أوصافه الأساسية ومقداره ، ولا يدفع المشتري من الثمن الا بمقدار ما ياخذ من المبيع .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطبيق للقاعدة الواردة في المادة ٢/١١٩ من المشروع التي تنص على أنه « يجوز أن يكون المعقود عليه شيئا مستقبلا اذا عين تعيينا نافيا للجهالة والغرر » . فالنهي عن بيع المعدوم في الفقه الاسلامي انما هو للغرر لا للعدم . فاذا كان التعامل في الشيء المستقبل احتماليا جزافا ، فانه يكون باطلا ، لما فيه من الغبن والغرر . أما اذا كان التعامل غير جزافي ، بحيث لا يدفع المشتري من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع ، فلا يكون هناك غبن ولا غرر ، ومن ثم يصح التعامل . ويتحقق ذلك اذا وجد الشيء في المستقبل وكان معينا تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، فتذكر أوصافه الاساسية كما يذكر مقداره بما يقابله من الثمن ، ولا يدفع المشتري من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع .

وقد أريد بالنص على هذا التطبيق ايضاح حكم هام يحرص عليه الفقه الاسلامي لما يخشاه من غرر في الصفقة . وهو يتناول صورا كثيرا ماتقع في الحياة العملية . كما في بيع ثمار حديقة قبل الطلوع أو قبل النضوج وقد يكون ذلك لعدة سنوات مستقبلة . وكما في بيع سلعة قبل صنعها ، وكما في بيع شقة للسكنى أو لغرض آخر قبل البناء . ففي مثل هذه الحالات يجب أن يوجد الشيء المتعاقد عليه في المستقبل ، وأن يكون قد تم تعيينه على نحو تنتفي معه الجهالة والغرر وفقا لما تقدم ذكره . فاذا لم يوجد الشيء على الصفة التي تم عليها التعاقد وقع العقد باطلا .

انظر المادة ١١٩ من المشروع والنصوص المقابلة لها في التقنينات العربية الأخرى والمراجع الفقهية في المذكرة الايضاحية لهذه المادة .

(مادة ٣٨٤)

١ – يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ، والا كان له طلب أبطال البيع . فاذا لم ير المشتري المبيع . وجب أن يشتمل العقد على بيان المبيع واوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه .

٢ – واذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، فلا يحق له طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به ، الا اذا اثبت تدليس البائع .

٣ – ويسقط حق المشتري في طلب الابطال اذا مضى على البيع وقت كاف للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر منه ما يدل على عدم رضائه به .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا . ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع واوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه .

٢ – واذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا أثبت تدليس البائع » .

وقد ادخل على نص التقنين الحالي التعديلات الآتية :

أولا – أضيف الى الفقرة الأولى الجزاء الذي يترتب على عدم العلم بالمبيع ، وهو حق المشتري في طلب ابطال العقد ، زيادة في الايضاح . كما عدلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة على نحو يتضح فيه أن الأصل في العلم بالمبيع هو رؤيته ، وان ذكر الأوصاف الأساسية للمبيع يقوم مقام الرؤية .

ثانيا ـ اجراء تعديل لفظي بسيط في الفقرة الثانية .

ثالثا ـ اضافة فقرة ثالثة تقضي بسقوط حق المشتري في طلب الابطال اذا مضى على البيع وقت كاف للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر منه ما يدل على رضائه به ، وذلك حسما للموقف مراعاة لاستمرار التعامل ، وحتى لا يظل مصير العقد معلقا مدة أكثر مما يلزم في الحالات التي يتعذر فيها استخلاص النزول الضمني من جانب المشتري عن خياره . ويتفق حكم هذه الفقرة مع ما يقول به الفقه الاسلامي في مذهب الامام أحمد حيث تنص المادة ١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على هذا المذهب على أنه « اذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه أو وصف له فله الفسخ على التراخي ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » ولاشك أن السكوت مدة تكفي للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر ما يدل على عدم الرضاء به يعد رضى .

ووجوب علم المشتري بالمبيع علما كافيا هو تطبيق لاحكام خيار الرؤية في الفقه الاسلامي . ففي هذا الفقه ، وبخاصة المذهب الحنفي، يثبت للمشتري الذي لم ير المبيع خيار الرؤية ، حيث يستطيع المشتري بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع اذا رآه فوجده على خلاف ما يظن .

(أنظر : البدائع ج٥ ص٢٩٢ ـ فتح القدير ج٥ ص١٤٠ ـ المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ٦٨ ـ ٧٠ ـ المغني ج ٤ ص ٧٤ ـ ٩٠ ـ وانظر م ٢٠٠ ـ ٢٠٤ و ٣٢٠ ـ ٣٢٥ من المجلة ، و م ٣٣٩ ـ ٣٤١ من مرشد الحيران ، والسنهوري ، الوسيط ج ٤ في البيع فقرة ٦١ ـ ٦٥ ، ومصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٢٤٨ ـ ٢٦٧) ، وانظر كذلك : مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي : م٢٦٩ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٦ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ يجب أن يكون المبيع معلوما للمشتري علما كافيا ، والا كان له الحق في طلب ابطال البيع .

٢ ـ ويعتبر علما كافيا بالمبيع اشتمال العقد على بيان اوصافه الاساسية ، بيانا يمكن من تعرفه .

٣ ـ واذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع ، لا يكون له طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به ، الا اذا اثبت تدليس البائع .

٤ ـ واذا تسلم المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا له » .

وتقابل المواد ٤٦٦ ـ ٤٦٩ من التقنين الأردني .

فالمادة ٤٦٦ تنص على ما يأتي :

« ١ ـ يشترط أن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة .

٢ ـ يكون المبيع معلوما عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له واذا كان حاضرا تكفي الاشارة اليه .

والمادة ٤٦٧ تنص على ما يأتي : « اذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علما كافيا فلا حق له في طلب ابطال العقد لعدم العلم الا اذا اثبت تدليس البائع » .

والمادة ٤٦٨ تنص على ما يأتي :

« ١ ـ اذا كان البيع بالنموذج تكفي فيه رؤيته ووجب أن يكون المبيع مطابقا له .

٢ ـ فاذا ظهر أنه غير مطابق فان المشتري يكون مخيرا ان شاء قبله وان شاء رده » .

والمادة ٤٦٩ تنص على ما يأتي :

« ١ ـ اذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج وكان النموذج والمبيع موجودين فالرأي لاهل الخبرة واذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين فالقول في المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر مالم يثبت خصمه العكس .

٢ ـ واذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين ففقد وكان المبيع معينا بالذات ومتفقا على انه هو المعقود عليه فالقول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشتري العكس واذا كان المبيع معينا بالنوع أو معينا بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشتري في المغايرة ما لم يثبت البائع العكس » .

وتقابل المواد ٥١٧ ـ ٥٢٣ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥١٧ تنص على ما يأتي :

« ١ ـ كل من اشترى شيئا لم يره كان له الخيار حين يراه ، فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره .

٢ ـ والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر او اللمس او الشم أو السمع أو المذاق » .

والمادة ٥١٨ تنص على ما يأتي :

« ١ ـ الاشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج منها . فان ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع .

٢ ـ فاذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعا او مشتريا أن يثبت أن الاشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له » .

والمادة ٥١٩ تنص على ما يأتي :

« ١ – اذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة ، فلابد للزوم البيع من رؤية كل واحدة منها على حدة ٠

٢ – واذا كان المشترى رأى بعضها ، فمتى رأى الباقى جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعا ، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقى» ٠

والمادة ٥٢٠ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا وصف شيء للأعمى وعرف وصفه ثم اشتراه ، لا يكون مخيرا ٠

٢ – ويسقط على كل حال خيار الأعمى بلمس الأشياء التى تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات » ٠

والمادة ٥٢١ تنص على أن « الوكيل بشراء شيء ، والوكيل بقبضه رؤيتهما كرؤية الأصيل ، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشترى » ٠

والمادة ٥٢٢ تنص على أن « من رأى شيئا بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذى كان قد رآه ، فلا خيار له الا اذا وجد الشيء قد تغير عن الحال التى رآه فيه » ٠

والمادة ٥٢٣ تنص على ما يأتى :

« ١ – يسقط خيار الرؤية بموت المشترى ، وبتصرفه فى المبيع قبل أن يراه ، وباقراره فى عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء فى عقد البيع وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التى وصفت ، وبتعيب المبيع أو هلاكه بعد القبض ، وبصدور ما يبطل الخيار قولا أو فعلا من المشترى قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضى وقت كاف يمكن المشترى من رؤية الشيء دون أن يراه ٠

٢ – وللبائع أن يحدد للمشترى أجلا مناسبا يسقط بانقضائه الخيار اذا لم يرد المبيع فى خلال هذه المدة » ٠

(مادة ٣٨٥)

١ – اذا كان البيع على مقتضى نموذج معين ، وجب أن يكون المبيع مطابقا له ٠

٢ – واذا تلف النموذج أو هلك فى يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بائعا كان أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابقا للنموذج أو غير مطابق له ٠

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٠ من التقنين الحالى مع تعديل لفظى ، حيث تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها ٠

٢ – واذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعا كان أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق » ٠

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة حيث أجاز جمهور الفقهاء البيع بالنموذج (بالعينة) وقرروا الاكتفاء برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ٠ فاذا وجد المبيع مطابقا للنموذج كان البيع لازما والا كان للمشترى الخيار ، ان شاء قبل المبيع وان شاء فسخ البيع ٠ كما ذهب بعض الفقهاء الى وجوب الاحتفاظ بالنموذج ليكون كالشاهد عند تنازع المتبايعين فى موافقة المبيع له ، واعتبار من تلف فى يده النموذج مدعيا عليه عبء الاثبات مما يوافق النص المقترح ٠ فقد نصت المادة ٣٢٥ من المجلة على أن « ما بيع على مقتضى الانموذج اذا ظهر دون الانموذج يكون المشترى مخيرا ان شاء قبله وان شاء رده » ٠ وجاء فى نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٠٤ : « وتكفى رؤية المبيع الدال على باقيه نحو انموذج المتماثل ويسمى بالعينة » ٠ وجاء فى مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك فى المادة ٣٨ أنه « يجوز بيع الشيء على اللزوم أو على الخيار بناء على رؤية بعضه سواء أكان مثليا أم مقوما ٠ ويجب الاحتفاظ بالبعض المرئى ليكون كالشاهد عند تنازع المتبايعين فى موافقة باقى المبيع للبعض المرئى » ٠ ومع ذلك فقد خالف الحنابلة جمهور الفقهاء ، فقالوا بعدم جواز بيع الانموذج (انظر مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلى : م ٣٠٨ وشرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٩) ٠

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٥٧ من التقنين الكويتى مع اختلاف لفظى ، حيث تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا كان البيع بالعينة ، انعقد البيع على مبيع مطابق لها ٠

٢ – فاذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ، كان عليه اثبات المطابقة أو المغايرة ، ولو كان التلف أو الهلاك بغير خطئه » ٠

وتقابل المادة ٥١٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – الأشياء التى تباع على مقتضى نموذجها تكفى رؤية النموذج منها ، فان ثبت أن المبيع دون النموذج الذى اشترى على مقتضاه ، كان المشترى مخيرا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع ٠

٢ – فاذا تعيب النموذج أو هلك فى يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على المتعاقد بحسب ما يكون بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الاشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له » ٠

وتقابل المادتين ٤٦٨ و ٤٦٩ من التقنين الاردنى ٠

فالمادة ٤٦٨ تنص على ما يأتي :

١ ـ اذا كان البيع بالنموذج تكفى فيه رؤيته ، ووجب أن يكون المبيع مطابقا له ٠

٢ ـ فاذا ظهر أنه غير مطابق له فان المشترى يكون مخيرا ان شاء قبله وان شاء رده » ٠

والمادة ٤٦٩ تنص على ما يأتى :

١ ـ اذا اختلف المتبايعان فى مطابقة المبيع للنموذج وكان النموذج والمبيع موجودين ، فالرأى لأهل الخبرة ٠ واذا فقد النموذج فى يد أحد المتبايعين ، فالقول فى المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر ما لم يثبت خصمه العكس

٢ ـ واذا كان النموذج فى يد ثالث باتفاق الطرفين ففقد وكان المبيع معينا بالذات ومتفقا على أنه هو المعقود عليه ، فالقول للبائع فى المطابقة ما لم يثبت المشترى العكس ٠ وان كان المبيع معينا بالنوع أو معينا بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشترى فى المغايرة ما لم يثبت البائع العكس ؛

ويتضح من النصوص المذكورة ما يأتى :

(١) ان المادة المقترحة تتفق فى حكمها مع التقنين المصرى الحالى والتقنين الكويتى ٠

(٢) ان احكام التقنين العراقى والتقنين الاردنى لا تختلف عن احكام التقنين المصرى الحالى ولا عن أحكام المادة المقترحة الا فى الجزاء الذى يترتب على عدم مطابقة المبيع للنموذج ٠ فهذا الجزاء فى التقنين العراقى وفى التقنين الأردنى الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى ٠ أما فى التقنين المصرى الحالى وفى المادة المقترحة فالجزاء الفسخ أو انقاص الثمن أو اجبار البائع على تقديم شىء مطابق للنموذج » ٠

(مادة ٣٨٦)

١ ـ فى البيع بشرط التجربة أو المذاق يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع ان يمكنه من التجربة أو المذاق ٠ فاذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه اعتبر سكوته قبولا ٠

٢ ـ ويعتبر البيع بشرط التجربة أو المذاق معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذ تبين من الاتفاق أو العرف أو الظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ ٠

هذه المادة تقابل المادتين ٤٢١ و ٤٢٢ من التقنين الحالى ٠

فالمادة ٤٢١ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

«١ ـ فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى ان يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع ان يمكنه من التجربة ٠ فاذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا ٠

٢ ـ ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » ٠

والمادة ٤٢٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« اذا بيع الشىء بشرط المذاق كان للمشترى أن يقبل البيع ان شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع الا فى الوقت الذى يتم فيه هذا الاعلان » ٠

وقد رؤى ادماج هاتين المادتين فى مادة واحدة على النحو الوارد فى المادة المقترحة لتوحيد الحكم فى بيع التجربة وبيع المذاق ، اذ لا مسوغ للتفرقة بينهما فى الحكم ٠

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٦٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « يجوز اشتراط التجربة أو المذاق ، فى مدة معقولة ، لقبول البيع أو رفضه ٠ فان سكت المتبايعان عن تحديد المدة فى العقد ، حملت على المدة المعتادة فاذا انقضت المدة ولم يعلن المشترى رفضه ، مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه ، اعتبر سكوته قبولا » ٠

وتقابل المادتين ٥٢٤ و ٥٢٥ من التقنين العراقى ، وهما مطابقتان للمادتين ٤٢١ و ٤٢٢ من التقنين المصرى الحالى ٠

وتقابل المواد ٤٧٠ ـ ٤٧٧ من التقنين الأردنى ٠ ونورد فيما يلى من هذه المواد نصوص المواد ٤٧٠ و ٤٧١ و ٤٧٧ ٠

فالمادة ٤٧٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معقولة ، فان سكت المتبايعان عن تحديدها فى العقد حملت على المدة المعتادة ٠

٢ ـ ويلتزم البائع بتمكين المشترى من التجربة » ٠

والمادة ٤٧١ تنص على ما يأتى :

«١ ـ يجوز للمشترى فى مدة التجربة اجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع ، ويشترط فى حالة الرفض اعلام البائع ٠

٢ ـ اذا انقضت مدة التجربة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا ولزم البيع » ٠

والمادة ٤٧٧ تنص على ما يأتى : « تسرى أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق ، الا أن خيار المذاق لا يورث » ٠

وقد واجه الفقه الاسلامى كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط (م ٣٠٠ ـ ٣٠٩ من المجلة وم ٣٢٩ ـ ٣٣٨ من مرشد الحيران) ٠ **ذلك أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع** المذاق ، ومن ثم يكون هذان البيعان صورتين خاصتين من صور خيار الشرط ٠ ولذلك فان التقنين العراقى ، حينما سار على نهج الفقه الاسلامى فى هذا الصدد ، لم يقتصر على النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق ، بل أورد الى جانبها نصوصا متعلقة بخيار الشرط (م ٥٠٩ ـ ٥١٣) ٠ وفى الفقه الاسلامى أيضا البيع على سوم الشراء (م ٢٩٨ من المجلة) والبيع على سوم النظر (م ٢٩٩ من المجلة) ٠

ولم يحدد الحنابلة مدة لخيار الشرط ، فيجوز عندهم لأية مدة معلومة وان طالت ٠ وحدد المالكية المدة بحسب نوع المبيع ٠ وبهذين الرأيين أخذ المشروع ٠ فاذا لم يكن هناك اتفاق على مدة حملت على المدة المعتادة ٠ والمالكية يعتبرون البيع مع خيار الشرط بيعا معلقا على شرط واقف ، فلا يجيزون للمشترى أن ينتفع بالمبيع فى مدة الخيار الا بقدر ما يحصل به اختبار حاله وتجربته فيما يراد له على الوجه المتعارف (م ٨٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك) ٠ أما الحنفية فيعتبرون هذا البيع معلقا على شرط فاسخ (م ٣٣٥ من مرشد الحيران) وقد أخاط المشروع فى النص المقترح بهذين الرأيين ٠

(مادة ٣٨٧)

١ ـ يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يعين بمقتضاها فيما بعد ٠

٢ ـ واذا ترك تقدير الثمن لا جنبى عن العقد ، فلا ينعقد العقد الا اذا رضى المتعاقدان بهذا التقدير ٠

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « يعين » بكلمة « يحدد » ٠

وحكم هذه الفقرة يخالف ما هو مجمع عليه فى فقه القانون الوضعى وفقه القانون الغربى عامة ٠ وقد روعى فيه أن ترك تقدير الثمن لاجنبى يجعله غير معلوم للعاقدين عند التعاقد ،وهو ما يرفضه الفقه الاسلامى، نظرا لما ينطوى عليه من جهالة ٠ واذا كانت هناك أمور أخرى تصلح أساسا لتقدير الثمن ، كالبيع بسعر السوق أو بالسعر المتداول فى التجارة أو الذى جرى عليه التعامل بين المتعاقدين ، فان الملحوظ فيه أن تقدير الثمن ليس رهينا بارادة شخص معين ٠ والفقرة الثانية من هذه المادة مستحدثة ٠

انظر المادة ٢٣٨ من المجلة والمادة ٤١٦ من مرشد الحيران والمادة ٢٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل والمادة ١٧ من هذا المشروع على مذهب الامام الشافعى والمادة ٣٢ من هذا المشروع على مذهب الامام مالك ٠

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٩ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « يجوز أن يقتصر فى تحديد الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره ، كما يجوز أن يفوض تحديده الى طرف ثالث ، فاذا لم يحدده لاى سبب ، كان الثمن هو ثمن المثل » ٠

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٥٢٧ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « فى البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدرا بالنقد ٠ ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التى يحدد الثمن بموجبها فيما بعد » ٠

وتقابل المادة ٤٧٩ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ويشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوما ، ويكون معلوما :

١ ـ بمشاهدته والاشارة اليه ان كان حاضرا ٠

٢ ـ ببيان مقداره وجنسه ووصفه ان لم يكن حاضرا ٠

٣ ـ بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفى معها الجهالة حين التنفيذ » ٠

ويلاحظ أن التقنين العراقى والتقنين الأردنى يأخذان فى البيع بالمعنى الواسع الذى أخذ به الفقه الاسلامى ، وهو اعتبار البيع مبادلة مال بمال ، فاصبحت المقايضة فيهما نوعا من أنواع البيع ٠ أما البيع بثمن نقدى ، فهو ما يسميانه بالبيع المطلق (م ٥٢٧ / ١ عراقى وم ٤٨٣ أردنى) ٠

(مادة ٣٨٨)

اذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب أن يكون الثمن سعر السوق فى مكان وزمان البيع ٠ فاذا لم يكن فى مكان البيع سوق ، وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية ٠

هذه المادة تتضمن أحد الأسس التى تجعل الثمن قابلا للتقدير وذلك حين يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق ٠

وهى تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى . فاذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بان تكون أسعاره هى السارية » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ من التقنين العراقى التى تطابق الفقرة الثانية من نص المادة ٤٣٣ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٤٧٨ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « اذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق ، فيعتبر سعر السوق فى زمان ومكان البيع . وان لم يكن فى هذا المكان سوق اعتبر المكان الذى يقضى العرف بان تكون اسعاره سارية » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٤٦٠ / ٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « ويكون سعر السوق فى زمان البيع ومكانه هو المعتبر . فاذا لم يكن فى مكان البيع سوق ، اعتبر المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره سارية . وذلك كله ما لم يتفق على غيره » .

ويواجه الفقه الاسلامى البيع بسعر السوق باعتباره من عقود الأمانة التى يقال لها بياعات الامانة ، وذلك بما يسميه بيع الاسترسال والاستئمان ، حيث يبين العاقد ان لادراية له بسعر السوق فيستأمن المتعامل معه ويسترسل الى نصحه ويطلب اليه ان يبيع منه أو يشترى بما تبيع الناس أو تشترى به ، فان كذب عليه المتعاقد معه فى بيان سعر السوق فان هذا الكذب يعتبر غشا وتدليسا يوجب للعاقد المغبون خيار الرد (الحطاب ج ٤ ص ٤٧٠ . عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١٧٥ وما بعدها) .

(مادة ٣٨٩)

اذا لم يعين المتعاقدان ثمنا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد قصدا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٤ من التقنين الحالى، مع استبدال كلمة « يعين » بكلمة « يحدد » وكلمة « قصدا » بكلمة « نويا » .

وهى تتضمن أحد الأسس التى تجعل الثمن قابلا للتقدير ، وذلك حين يتبين من ظروف التعاقد وملابساته أن ثمة اتفاق ضمنى بين المتبايعين على أن يكون الثمن هو السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما . فمثل هذا السعر يكون بهذه المثابة معلوما للمتعاقدين .

وتطابق المادة ٥٢٨ من التقنين العراقى ، فيما عدا الكلمتين اللتين تم استبدالهما فى نص التقنين المصرى الحالى .

وتتفق مع الفقرة الأولى من المادة ٤٦٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « لا يترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع اذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما ، أو بسعر السوق » .

(مادة ٣٩٠)

١ ـ يجوز البيع بطريق المرابحة أو التولية أو الاشراك او الوضيعة .

٢ ـ والمرابحة بيع يزاد فيه قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلى . والتولية بيع بمثل الثمن الأصلى دون زيادة أو نقص . والاشراك تولية بعض المبيع بما يقابله من الثمن الأصلى . والوضيعة بيع ينقص فيه قدر معلوم من الثمن الأصلى .

٣ ـ ويجب فى هذه البيوع أن يكون الثمن الأصلى معلوما . ويعتبر تدليسا ادلاء البائع ببيان على خلاف الحقيقة ، أو كتمانه لأمر ينتقص من مقدار الثمن أو من قيمة المبيع ، اذا كان من شأن هذا أو ذاك أن يؤثر فى رضاء المشترى بالصفقة .

هذه المادة مستحدثة . وحكمها مستمد من الفقه الاسلامى .

وهى تتضمن ، الى جانب الأسس السابقة التى تجعل الثمن فى عقد البيع قابلا للتقدير ، أساسا آخر هو الثمن الذى اشترى به البائع . حيث يطمئن المشترى الى أمانة البائع فيشترى منه على أساس الثمن الذى اشترى به السلعة . فاذا بيعت السلعة على أن يزاد قدر معلوم من الربح الى الثمن الأصلى سمى البيع مرابحة . واذا بيعت على ان ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمى البيع وضيعة . واذا بيعت بثمنها الأصلى سمى البيع تولية اذا أخذ المشترى كل السلعة ، وسمى اشراكا اذا أخذ المشترى جزءا منها .

وهذه البيوع يقال لها فى الفقه الاسلامى بياعات الأمانة . ولايقتصر واجب البائع فيها على بيان الثمن الأصلى الذى اشترى به ، بل يجب عليه أيضا أن يبين ما أحاط بالثمن من ملابسات وما اقترن به من أوصاف ، فضلا عن بيان حالة المبيع . فان صدر منه غش فى بيان الثمن الأصلى ، بأن زاد فيه ، كان هذا منه تدليسا . ويحق للمشترى فى هذه الحالة ، بدلا من ان يطلب ابطال البيع ، أن يحط الزيادة . كما يستطيع البائع أن يتوقى دعوى الابطال اذا حط هذه الزيادة . وان

كتم البائع أمرا ذا تأثير فى مقدار الثمن أو قيمة المبيع ، كان هذا ايضا منه تدليسا ، كما لو كتم عن المشترى أن الثمن الأصلى مؤجل أو أخفى عيبا فى المبيع يقلل من قيمته ·

وقد نصت المادة ٢/١٢١ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على أنه « يعتبر تغريرا عدم البيان فى عقود الأمانة التى يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة فى المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة » ·

والمفروض فى غش البائع أو كتمانه على النحو المذكور أن يكون ذا أثر فى رضاء المشترى بالصفقة · اذ أن ارادة المتعاقدين يجب أن يعتد بها فى هذا الصدد · فقد يتضح من العقد وظروفه أن المتبايعين قصدا أن يكون أساس التقدير هو الثمن الأصلى دون نظر الى الظروف والملابسات التى تحيط بالثمن أو تقلل من قيمة المبيع ، وفى هذه الحالة يجب على المشترى أن يقبل المبيع بحالته التى اشتراه بها وان يدفع الثمن الأصلى أو أكثر منه أو أقل بحسب الاتفاق ·

(انظر فى بياعات الأمانة : فى الفقه الحنفى : المبسوط ج ١٣ ص ٧٨ – ٩١ · البدائع ج ٥ ص ٢٢٠ – ٢٢٨ · فتح القدير ص ٢٥٢– ٢٦٣ · الزيلعى ج ٤ ص ٧٣ – ٨٩ ·

وفى الفقه المالكى : الحطاب ج ٤ ص ٤٨٨ – ٤٩٥ · الدسوقى ج ٣ ص ١٦٠ – ١٧١ · الخرشى ج ٥ ص ١٧١ – ١٨٠ ·

وفى الفقه الشافعى : مغنى المحتاج للشربينى ج ٢ ص ٧٦ – ٨٠ · نهاية المحتاج للرملى ج ٤ ص ١٠٤ – ١١٥ ·

فى الفقه الحنبلى : الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ١٠٠ – ١٠٨ · المغنى ج ٤ ص ٢٥٩ – ٢٩٤ ·

عبد الرازق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٢ ص ١٦٦ – ١٧٤ ، الوسيط ج ٤ فى البيع ص ٢٠٩) ·

والمادة المقترحة تتفق فى الحكم مع المادة ٥٣٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز البيع مرابحة أو تولية أو اشراكا أو وضيعة ·

٢ – والمرابحة بيع بمثل الثمن الاول الذى اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والاشتراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن · والوضيعه بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه ·

٣ – ويلزم فى هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة » ·

وتقابل المادة ٤٨٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز البيع بطريق المرابحة او الوضيعة أو التوليه اذا كان رأس مال المبيع معلوما حين العقد وكان مقدار الربح فى المرابحة ومقدار الخسارة فى الوضيعة محددا ·

٢ – اذا ظهر أن البائع قد زاد فى بيان مقدار رأس المال فللمشترى حط الزيادة ·

٣ – واذا لم يكن رأس مال المبيع معروفا عند التعاقد فللمشترى فسخ العقد عند معرفته ، وكذا يكون الحكم لو كتم البائع أمرا ذا تأثير فى المبيع أو رأس المال · ويسقط خياره اذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه » ·

وتقابل المادة ٤٦٢ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز البيع تولية أو اشراكا أو مرابحة أو وضيعة ، اذا كان الثمن الذى اشترى به البائع معلوما وقت العقد ، وكان مقدار الربح فى المرابحة ومقدار الخسارة فى الوضيعة محددا ·

٢ – فاذا ثبت أن الثمن الذى اشترى به البائع أقل مما ذكره كان للمشترى أن يتمسك بالثمن الحقيقى ·

٣ – ويعتبر تدليسا كتمان البائع ملابسات أحاطت بشرائه ، اذا كان من شأنها أن تؤثر فى رضاء المشترى » ·

(مادة ٣٩١)

١ – اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية أو للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف ، وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع ان يطلب تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل ·

٢ – ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس ان يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ·

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ·

٢ – ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع » ·

وقد روى فى المادة المقترحة الا يقتصر الحكم على حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فاضيفت الى هذه الحالة حالات يكون العقار المبيع فيها مملوكا للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف ، وذلك حفاظا على الصالح العام .

والفقه الاسلامى لا يعتد بالغبن الفاحش الا اذا اقترن به تغرير (تدليس) (م ٣٥٧ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران) . ولكنه يعتد بهذا الغبن ، ولو لم يصحبه تغرير ، فى بيع أموال المحجور وبيت المال والوقف ، حيث يعتبر العقد فاسدا ويجب فسخه (م ٣٥٦ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران) . وفى ضوء هذا الحكم من الفقه الاسلامى وضعت المادة المقترحة وان كان هناك رأى فى هذا الفقه يعتد بالغبن عامة فى جميع التصرفات (أنظر فى الفقه الحنبلى م ٤٠٧ من مجلة الأحكام الشرعية) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٤ من التقنين العراقى التى تنص على ما يلى :

« ١ — مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير .

٢ — على أنه اذا كان الغبن فاحشا ، وكان المغبون محجورا أو كان المال الذى حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف ، فان العقد يكون باطلا .

٣ — لايجوز الطعن بالغبن فى عقد تم بطريق المزايدة العلنية » .

وتقابل المادة ١٤٩ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه : « لايفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير الا فى مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة » .

وتقابل المادتين ١٦٣ و ١٦٤ من التقنين الكويتى .

فالمادة ١٦٣ من التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ — اذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، أو لأحد عديمى الأهلية أو ناقصيها ، أو لجهة الوقف ، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر ، أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش فى الغبن .

٢ — ويعتبر الغبن فاحشا اذا زاد عند ابرام العقد على الخمس .

٣ — ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجرى عن المغبون ممن ينوب عنه وفقا للقانون ، أو اذنت به المحكمة » .

والمادة ١٦٤ تنص على أنه « يجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى تعديل أثر العقد بطلب الفسخ ، وذلك ما لم يكن المغبون هو الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة » .

ويتضح من هذه النصوص أن الجزاء المرتب على الغبن يختلف فى التقنينات المذكورة . فهو فى المادة المقترحة كما هو فى التقنين المصرى الحالى تكملة الثمن بما يزيل الغبن الفاحش . وفى التقنين العراقى البطلان ، وفى التقنين الأردنى الفسخ وهو ما يتفق مع الجزاء فى الفقه الإسلامى ، وفى التقنين الكويتى تعديل الالتزام بما يرفع الغبن الفاحش وهو مما يتفق مع الجزاء فى التقنين المصرى الحالى والمادة المقترحة .

(مادة ٣٩٢)

١ — لاتسمع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا لم يرفعها البائع خلال ثلاث سنين .

٢ — ويبدأ سريان هذه المدة بالنسبة الى من لاتتوافر فيه الأهلية من وقت توافر اهليته أو موته ، وبالنسبة الى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو جهة الوقف من وقت العقد .

٣ — ولاتلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية اذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع .

٢ — ولاتلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية اذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع » .

وقد اضيف الى هذه المادة من التقنين الحالى مايواجه حالات الغبن المضافة فى المادة المقترحة السابقة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٦٦ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « تسقط دعوى الغبن اذا لم ترفع خلال سنة ، تبدأ بالنسبة الى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت ابرام العقد ، وبالنسبة لعديمى الأهليـة وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية او الموت ، وعلى اية حال تسقط الدعوى بمضى ١٥ سنة من وقت ابرام العقد .

(مادة ٣٩٣)

لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم بطريق المزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها القانون .

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٧ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « لايجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني ».

وقد اختلف الفقه في تفسير هذا النص · فذهب رأى الى أن المقصود فيه هو البيع الذي يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلني ، كبيع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم امكان قسمته عينا · بينما ذهب رأى آخر الى أن المقصودهو البيع الذي يتم بالمزاد وفقا لاجراءات رسمها القانون ، وبذلك يشمل الحالات التي يتحتم قانونا أن يكون البيع فيها بالمزاد العلني ، كما يشمل الحالات التي لا يتحتم فيهـا ذلك متى تم البيع بالمزاد وفقا للاجراءات التي رسمها القانون · ومثل هذه الحالات الأخيرة أن تأمر المحكمة ببيع عقار غير كامل الأهلية بالمزاد العلني ، ويتم هذا البيع وفقا للاجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب ·

وقد رؤى ان يصاغ النص المقترح بوضوح طبقا لهذا الرأى الأخير · اذ أن البيع بالمزاد وفقا للاجراءات التي رسمها القانون ، سواء كان القانون يحتم ذلك أولا يحتم ،يكفى لتوفير الضمانات التي تكفل الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع ·

والسند الشرعي لحكم المادة المقترحة مايراه بعض الفقهاء من عدم جواز الطعن بالغبن اطلاقا كالشافعية ، وما يراه البعض الآخر من عدم جواز هـذا الطعن الا للجاهل بالثمن او الوصي والوكيل كالمالكية (م ١٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك) ·

٢ – آثار البيع ·

التزامات البائع ·

(مادة ٣٩٤)

يلتزم البائع بان يقوم بمـا هو ضرورى لانتقال الحق المبيع الى المشترى ، وبان يمتنع عن أى عمل من شانه ان يجعل انتقال الحق مستحيلا أو عسيرا ·

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٨ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « لانتقال » بكلمة « لنقل » ، وكلمة « يمتنع » بكلمة « يكف » ، وكلمة « انتقال » بكلمة « نقل » ·

وتطابق المادة ٥٣٥ من التقنين العراقي ، فيما عدا استعمال لفظ « يمتنع » بدلا من لفظ « يكف » ·

وتقابل المادة ٤٨٨ من التقنين الأردني التي تنص على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشترى مجردا من كل حق آخر وان يقوم بما هو ضرورى من جانبه لنقل الملكية اليه » ·

وتقابل المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ من التقنين الكويتي :

فالمادة ٤٦٦ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور ابرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضرورى من جانبه لانتقالها ، وان يمتنع من أى عمل من شانه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلا أو عسيرا » ·

والمادة ٤٦٧ تنص على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبان يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به » ·

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالي يتضمن نصا (م ٥٧٣ من المشروع) يقضى بأن « يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وان يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » · وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لانها مستفادة من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٥٥ في الهامش) ·

انظر المذكرة الايضاحية لنص التقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٢ و ٤٣ ·

وحكم المادة المقترحة تطبيق للأصل الشرعي الذي يوجب الوفاء بالعقود ، الأمر الذي يقتضى تمكين المشترى من الحصول على مقصود العقد وثمرته ·

(مادة ٣٩٥)

اذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية الى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشىء المعين بالذات · ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع ·

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الحالي ·

وتطابق المادة ٤٨٦ من التقنين الأردني ·

وتقابل المادة ٥٣١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا كان المبيع عينا معينه بالذات أو كان قد بيع جزافا ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع · وأما اذا كان المبيع لم يعين الابنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالافراز » ·

ولم تكن هناك حاجة الى ان يذكر في النص المقترح الحالات الأخرى الواردة في نص التقنين العراقي ، لان النص المقترح يحيل على انتقال الملكية في الشيء المعين بالذات ، وهو ماتناولته المادة ٢١٩ من المشروع حيث تقول « العقد الذي بمقتضاه تكسب ملكية شيء أو حق عيني آخر يخول من تلقاء ذاته هذا الحق ، اذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات وكان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقارى أو القواعد المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني بحسب الأحوال » ·

أما انتقال الحق في الشيء المعين بالنوع فقد تناولته المادة ٢٢٠ من المشروع ·

وقد كان النص المقابل للمادة ٤٢٩ من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (م ٥٦٩) يتضمن فقرة أولى تتناول انتقال الملكية في الشيء المعين بالذات وانتقالها في الشيء المعين بالنوع ، ولكن حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة التي وردت في المادتين ٢٠٤ ، ٢٠٥ من التقنين الحالي (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٤ - ٤٦) .

وفي الفقه الاسلامي ينتقل الملك بمجرد العقد في البيع الجزاف ، كما هو الشأن في بيع الشيء المعين بالذات ، وهو حكم المادة المقترحة (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع والمادة ٣٧٤ من المجلة) .

(مادة ٣٩٦)

١ - اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع ان يشترط ان يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢ - فاذا كان الثمن يدفع اقساطا ، جاز للمتعاقدين ان يتفقا على ان يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم توف جميع الاقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ان يخفض التعويض المتفق عليه وفقا لأحكام التعويض الاتفاقي .

٣ - واذا وفيت الأقساط جميعا ، فان انتقال الملكية الى المشترى يعتبر مستندا الى وقت البيع .

٤ - وتسرى احكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع ايجارا .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٠ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « وفقا لأحكام التعويض الاتفاقي » الواردة في الفقرة الثانية بعبارة « وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ » .

وتتفق في أحكامها مع المادة ٥٣٤ من التقنين العراقي التي جاءت متفقة مع النص الوارد في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي ، حيث تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفى الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع .

٢ - فاذا كان الثمن يدفع أقساطا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه وفقا لأحكام التعويضات الاتفاقية .

٣ - واذا سددت الأقساط جميعا انتقلت ملكية المبيع الى المشترى من وقت البيع ، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك .

٤ - وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى لو سمى المتعاقدان البيع ايجار » .

وتقابل المادة ٤٨٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجوز للبائع اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا أن يشترط تعليق نقل الملكية الى المشترى حتى يؤدى جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع .

٢ - واذا تم استيفاء الثمن ، تعتبر ملكية المشترى مستندة الى وقت البيع » .

وتقابل المادة ٤٦٤ من التقنين الكويتي التي تنص على مايأتي :

« ١ - اذا كان الثمن مؤجلا أومقسطا جازالاتفاق على ألا تنتقل الملكية الى المشترى الا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع .

٢ - فاذا تم الوفاء بالثمن ، اعتبرت ملكية المشترى مستندة الى وقت البيع ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

(انظر المذكرة الايضاحية لنص التقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩ - ٥١) .

والجوهري في هذا الصدد من الناحية الشرعية هو جواز اشتراط تعليق انتقال الملكية الى المشترى على الوفاء بالثمن كله . وهو صحيح شرعا ، باعتباره شرطا متعارفا أي شرطا مرعيا في العرف . وقد نصت المادة ٣٣١ من مرشد الحيران على أنه « اذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشترى اذا لم يؤد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، صح البيع والشرط . فان أدى المشترى الثمن في المدة المعينة لزم البيع ، وان لم يؤديه في المدة المعينة أو مات في أثنائها قبل أداء الثمن فسد البيع » .

وقد استأنس المشروع برأى الحنابلة في جواز شرط الخيار لأى مدة . وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

(رجاع القواعد لابن رجب ص ٢٨٨ القاعدة ١١٨) .

أما شرط استبقاء البائع جزءا من الأقساط مع اعطاء القاضي حق النظر في هذا التعويض فهو شرط يجرى عليه العرف كشرط حلول جميع الأقساط عند عدم وفاء قسط منها الذي قال به الحنفية .

(انظر م ٣٢٦ من مرشد الحيران) . وشرط التعويض هذا يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة في الضمان بالتسبب .

(مادة ٣٩٧)

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التي كان عليها وقت البيع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٨٩ من التقنين الأردنى .

وتطابق المادة ٤٦٧ من التقنين الكويتى .

انظر فى الفقه الاسلامى : م١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التى تنص على أنه « اذا وجد المشترى المبيع على غير ما رآه أو وصف له فله الفسخ على التراخى ولايسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » .

(مادة ٣٩٨)

يشمل التسليم ملحقات المبيع ، وبوجه خاص كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله ، وذلك وفقا لقصد المتعاقدين وعرف الجهة وما تقضى به طبيعة الأشياء .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٣٢ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

وقد عدلت صياغة هذا النص على نحو يتضح منه أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع يعتبر بوجه خاص من ملحقاته ، كما روعيت فيه الأولوية الواجبة لما يرجع اليه فى تحديد ملحقات المبيع . اذ القاعدة أن أول ما يرجع اليه فى هذا التحديد هو الاتفاق . فاذا وجد إتفاق على اعتبار شىء من الملحقات أو عدم اعتباره كذلك ، وجب الأخذ بما قصد اليه المتعاقدان فى هذا الاتفاق . واذا لم يوجد اتفاق ، وجب الأخذ بما يقضى به العرف . واذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، وجب اتباع ما تقضى به طبيعة الأشياء .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادتين ٥٣٦ و ٥٣٧ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٣٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه الى المشترى عند نقده الثمن ... » .

والمادة ٥٣٧ تنص على ما يأتى :

« يدخل فى البيع من غير ذكر :

(أ) ما كان فى حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرا الى الغرض من الشراء ، فاذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبيعها الرضيع .

(ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة ، فاذا بيعت دار دخل البستان الواقع فى حدودها والطرق الخاصة الموصلة الى الطريق العام وحقوق الارتفاق التى للدار ، واذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار .

(ج) كل مايجرى العرف على أنه من مشتملات المبيع » .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٤٩٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما يجرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر فى العقد » .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٤٥٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى : « يشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه ، وذلك وفقا لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

(انظر المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى وهى المقابلة للمادة ٤٣٢ من هذا التقنين ، ومذكرتها الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٤ — ٥٧) .

وتتفق فى حكمها مع أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الصدد :

وانظر فى ذلك المواد ٢٣٠ — ٢٣٣ من المجلة والمواد ٤٦٩ — ٤٧٧ من مرشد الحيران .

(مادة ٣٩٩)

اذا عين فى العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب مايقضى به العرف ، مالم يتفق على غير ذلك . على أنه لايجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع ، الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٦٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المواد ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥ و ١/٥٤٦ من التقنين العراقى .

فالمادة ٥٤٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « اذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المزروعات التى ليس فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا ، كان المشترى مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . واذا ظهر المبيع زائدا فالزيادة للبائع » .

والمادة ٥٤٤ تنص على ما يأتى :

« ١ — اذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التى فى تبعيضها ضرر ، أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا ، فللمشترى فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، الا اذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن .

٢ – واذا وجد المبيع زائدا ، فالزيادة للمشترى ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطى البائع عوضا فى مقابل الزيادة » .

والمادة ٥٤٥ تنص على ما يأتى : « اذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التى فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوته مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائدا أو ناقصا عند التسليم ، فللمشترى فسخ البيع أو اخذ المبيع بحصته الثمن » .

والمادة ٥٤٦/١ تنص على ما يأتى : « فى الأحوال المنصوص عليها فى المواد الثلاث السابقة ، لا يكون للمشترى الحق فى الفسخ ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة فى المبيع ، الا اذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة فى المائة من القدر المحدد للشىء المبيع» .

وتقابل المادة ٤٩٢ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« اذا عين فى العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية :

١ – اذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينا والنقص من حسابه سواء أكان الثمن محددا لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع .

٢ – اذا كان المبيع يضره التبعيض وكان الثمن « حددا على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه .

٣ – اذا كان المبيع مما يضره التبعيض وكان الثمن المسمى لمجموعه فالزيادة للمشترى والنقص لا يقابله شىء من الثمن .

٤ – كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشترى أكثر مما اشترى أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار فى فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافها ولايخل النقص فى مقصود المشترى .

٥ – اذا تسلم المشترى المبيع مع علمه بانه ناقص سقط حقه فى خيار الفسخ المشار اليه فى الفقرة السابقة » .

أنظر فى الفقه الاسلامى المواد ٢٢٠ – ٢٢٩ من المجلة والمواد ٤٤٨ – ٤٥٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٠٠)

اذا تبين ان مقدار المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد ، وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبعيض كانت الزيادة للبائع ، وان كان المبيع غير قابل للتبعيض وجب على المشترى أن يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد . واذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ، كانت الزيادة للمشترى . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اما اذا تبين ان القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، وجب على المشترى اذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، ان يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد . وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه » .

وهذا النص لا يتناول الا فرضا واحدا من الفروض التى يمكن أن تعرض فى حالة زيادة المبيع على ما ذكر فى العقد ، وهو أن يكون الثمن مقدرا بحساب الوحدة ويكون المبيع غير قابل للتبعيض . ولذلك رؤى فى النص المقترح ان تضاف حالتان اخريان يمكن أن تعرضا فى حالة زيادة المبيع ، وهما حالة ما اذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ويكون المبيع قابلا للتبعيض ، وحالة ما اذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٧٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا تبين ان قدر المبيع يزيد على ما حدد فى العقد ، وكان الثمن مقدرا بالوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبعيض كانت الزيادة للبائع مالم يرد المشترى أخذها بما يقابلها من الثمن . وان كان المبيع غير قابل للتبعيض ، وجب على المشترى ان يدفع ثمن الزيادة ، ما لم تكن جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد .

٢ – فاذا كان الثمن مقدرا جملة واحـدة ، تكون الزيادة للمشترى مالم تكن من الجسامة بحيث لو كان يعلمها البائع لما أتم العقد . وفى هذه الحالة يكون المشترى بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة فى المبيع وبين فسخ البيع .

٣ – وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

وتقابل المواد ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥ و ٥٤٦ / ١ من التقنين العراقى ، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

وتقابل المادة ٤٩٥ من التقنين الأردنى ، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

أنظر فى الفقه الاسلامى المواد ٢٢٠ – ٢٢٦ من المجلة والمواد ٤٤٨ – ٤٥٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٠١)

اذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة ، فلا تسمع دعوى المشترى بانقاص الثمن أو فسخ العقد ، ولا دعوى البائع برد الزيادة أو تكملة الثمن ، اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة ، فان حق المشترى فى طلب انقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد ، وحق البائع فى طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا » .

وقد ادخل على هذا النص التعديلان الآتيان :

(١) الأخذ فى النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى يقول به الفقه الاسلامى ، وفقا للخطة التى سار عليها المشروع ، بدلا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذى يأخذ به التقنين الحالى .

(٢) الاشارة الى دعوى البائع بردالزيادة الى جانب الدعاوى الأخرى لمواجهة احدى الحالتين اللتين اضيفتا الى النص السابق وفقا لما ذكر فيما تقدم فى خصوص هذا النص .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤٦ / ٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى : « وعلى كل حال لا تسمع دعوى المشترى أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشترى تسليما فعليا » .

وتقابل المادة ٤٩٣ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « لا تسمع الدعوى بفسخ العقد أو انقاص الثمن أو تكملته اذا انقضت سنة على تسليم المبيع » .

وتقابل المادة ٤٧١ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « تسقط الدعوى بفسخ العقد او انقاص الثمن أو تكملته أو رد الزيادة بسبب العجز أو الزيادة فى المبيع اذا انقضت سنة واحدة من وقت التسليم » .

(أنظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٦٤ و ٦٥) .

وتستند المادة المقترحة فى الفقه الاسلامى الى قاعدة تخصيص القضاء رعاية لمصلحة المتخاصمين .

(مادة ٤٠٢)

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون حائل ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة المبيع .

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين اذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الحالى مع استبدال لفظ « حائل » بلفظ « عائق » ، واستبدال لفظ « المبيع » بعبارة « الشىء المبيع » ، فى الفقرة الأولى .

وتطابق المادتين ٤٧٢ و ٤٧٣ من التقنين الكويتى مع اختلاف لفظى بسيط .

وتتفق فى احكامها مع أحكام المواد ٥٣٨ و ٥٣٩ و ٥٤٠ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٣٨ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشترى على وجه يتمكن به المشترى من قبضه دون حائل .

٢ - واذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر اذنا من البائع له فى القبض » .

والمادة ٥٣٩ تنص على أنه « اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع فاشتراها من المالك ، فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشترى قبل البيع يد ضمان او يد أمانة » .

والمادة ٥٤٠ تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا أجر المشترى المبيع قبل قبضه الى بائعه أو باعه منه أو وهبه اياه أو رهنه له أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشترى قابضا للمبيع .

٢ - واذا أجره قبل قبضه لغير البائع او باعه أو وهبه أو رهنه او تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشترى » .

وتقابل المواد ٤٩٤ و٤٩٥ و٤٩٦ و ٤٩٧ و٤٩٨ من التقنين الاردنى :

فالمادة ٤٩٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ - يتم تسليم المبيع اما بالفعل او بأن يخلى البائع بين المبيع والمشترى مع الأذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته .

٢ - ويكون التسليم فى كل شىء حسب طبيعته ويختلف باختلاف حاله .

والمادة ٤٩٥ تنص على أنه « اذا كان المبيع فى حوزة المشترى قبل البيع باية صفة او سبب تعتبر هذه الحيازة تسليما ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

والمادة ٤٩٦ تنص على أنه « اذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشترى متسلما للمبيع فى حالة معينة او اذا أوجبت النصوص التشريعية إعتبار بعض الحالات تسليما اعتبر التسليم قد تم حكما » .

والمادة ٤٩٧ تنص على أن « يتم التسليم حكما بتسجيل المبيع باسم المشترى عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمى » .

والمادة ٤٩٨ تنص على ما يأتى :

« يعتبر التسليم حكميا أيضا :

١ – اذا ابقى البائع المبيع تحت يده على طلب المشترى .

٢ – اذا انذر البائع المشترى بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة والا اعتبر متسلما فلم يفعل » .

انظر النص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٥٧٦) ومذكرته الايضاحية ومناقشة اللجان له فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٧ – ٧٠ .

وانظر فى الفقه الاسلامى المواد ٢٦٢ – ٢٧٧ من المجلة والمواد ٤٣٤ – ٤٤٣ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٠٣)

اذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٤٩٩ / ٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا تضمن العقد أو اقتضى العرف ارسال المبيع الى المشترى فلا يتم التسليم الا اذا جرى ايصاله اليه ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٤٧٦ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا التزم البائع بارسال المبيع الى مكان معين ، فلا يتم التسليم الا بوصوله فيه ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٥٧٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٧١ و ٧٢ .

وانظر فى الفقه الاسلامى م ٢٨٧ و ٢٩٣ من المجلة و م ٤٤٦ من مرشد الحيران و م ٣٤١ و ٣٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلى .

(مادة ٤٠٤)

اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن الذى أداه ، الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٧ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » .

وقد عدل هذا النص على النحو الوارد فى المادة المقترحة بحيث يكون الهلاك لسبب لا يد للبائع ولا للمشترى فيه ، لأن هذا هو المقصود بالحكم المنصوص عليه . فاذا كان الهلاك بفعل البائع ، كان هو المسئول عن الهلاك فيرد الثمن الى المشترى ، كما يكون مسئولا عن تعويض المشترى عما أصابه من الضرر . واذا كان الهلاك بفعل المشترى ، كان هو المسئول عن الهلاك ووجب عليه دفع الثمن الى البائع . وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه الى نص خاص . وقد كان هذا النص موجودا فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٥٨٣) ، ولكنه حذف لأنه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٧٧ و ٧٨ فى الهامش .

ولهذا رؤى عدم ايراد مثل هذا النص الخاص ، على خلاف ما جرت عليه بعض التقنينات العربية الأخرى ، مادام أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامى ، وهى تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم ، فيد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة . انظر فى هذا المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٥٨١ – ٥٨٣) . وانظر م ٢٩٣ و ٢٩٤ من المجلة و م ٤٦٠ – ٤٦٢ من مرشد الحيران و م ٣٥١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التى تنص على أن « ما كان من ضمان البائع اذا عرضه على المشترى فامتنع عن قبضه لغير مانع صار فى ضمان المشترى » .

والمادة المقترحة تقابل المواد ٤٧٨ و ٤٧٩ و ٤٨٠ من التقنين الكويتى .

فالمادة ٤٧٨ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبى لا يد لأحد العاقدين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى ما أداه من الثمن ، وذلك ما لم يكن الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » .

والمادة ٤٧٩ تنص على أنه « اذا هلك المبيع فى جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبى لا يد لأحد العاقدين فيه ، كان للمشترى الحق فى انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فاذا كان الهلاك او التلف جسيما بحيث لو كان موجودا عند البيع لما أبرمه ، كان له فسخ البيع . وذلك كله اذا كان الهلاك او التلف حاصلا قبل اعذار المشترى لتسلم المبيع » .

والمادة ٤٨٠ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشترى بقى ملتزما بالثمن كاملا .

٢ – فاذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع الى البائع ، كان المشترى بالخيار بين فسخ البيع أو انقاص الثمن بقدر نقص القيمة ، وذلك دون اخلال بحقه فى التعويض ان كان له مقتض » .

وتقابل المواد ٥٠٠ و ٥٠١ و ٥٠٢ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٥٠٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتابعين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى ما أداه من الثمن .

٢ – فاذا تلف بعض المبيع يخير المشترى ان شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقى بحصته من الثمن » .

والمادة ٥٠١ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشترى اعتبر قابضا للمبيع ولزمه أداء الثمن .

٢ – اذا كان للبائع حق الخيار فى هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشترى مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقى منه » .

والمادة ٥٠٢ تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشترى الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته .

٢ – واذا وقع الاتلاف على بعض المبيع كان للمشترى الخيار بين الأمور التالية :

(أ) فسخ البيع .

(ب) أخذ الباقى بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف .

(ج) امضاء العقد فى المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف » .

وتقابل المادتين ٥٤٧ و ٥٤٨ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٤٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى يهلك على البائع ولاشىء على المشترى ، الا اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع . واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، فالمشترى مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن .

٢ – على أنه اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشترى أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملا فى الحالة الاولى والزام البائع بالتعويض فى الحالة الثانية » .

والمادة ٥٤٨ تنص على ما يأتى :

« ١ – ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن اذا هلك أو ضاع فى يد القابض ، لزمه الضمان . أما اذا لم يسم له ثمن كان أمانة فى يده ، فلا يضمن اذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه .

٢ – وما يقبض على سوم النظر ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة فى يد القابض ، فلا يضمن اذا هلك دون تعد » .

وواضح من هذه النصوص ، سواء فى التقنين الكويتى أو التقنين الاردنى أو التقنين العراقى ، ان أحكامها تتفق مع أحكام المادة المقترحة وما يكملها من القواعد العامة وفقا لما تقدم بيانه . وذلك فيما عدا ان التقنين العراقى يزيد على ذلك فيبين من يتحمل تبعة الهلاك فى القبض على سوم الشراء والقبض على سوم النظر مستمدا ذلك من أحكام الفقه الاسلامى .

وفى الفقه الاسلامى يد القابض على سوم الشراء ، اذا سمى الثمن ، يد ضمان . واذا لم يسم الثمن فى سوم الشراء ، وسواء سمى أولم يسم فى سوم النظر ، فان يد القابض تكون يد أمانة فيهلك الشىء على المالك لاعلى القابض (م ٢٩٨ و ٢٩٩ من المجلة وم ٥٤٨ مدنى عراقى) .

(مادة ٤٠٥)

اذا هلك بعض المبيع أو أصابه تلف قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ، جاز للمشترى اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص فى قيمة المبيع جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع . وأما ان يبقى البيع مع انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع ، وهذا ما لم يكن الهلاك أو التلف قد حصل بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، جاز للمشترى اما ان يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما ان يبقى البيع مع انقاص الثمن » .

والحكم الذى يتضمنه نص التقنين الحالى هو الحكم ذاته فى المادة المقترحة بحسب ما يستخلص من سياق النصوص فى هذا التقنين . فما أضيف فى المادة المقترحة انما يرجع الى الرغبة فى الايضاح .

وهنا أيضا ، على غرار ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة ، روى عدم ايراد نص خاص يتناول حكم الهلاك الجزئى أو التلف الذى يرجع الى فعل البائع أو الى فعل المشترى ، على خلاف ما جرت عليه بعض التقنينات العربية الأخرى ، مادام ان مثل هذا النص لن يكون سوى مجرد تطبيق للقواعد العامة .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامي · انظر في هذا : ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ و ٤٨ · وكذلك المادة ٣٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة باشراف مجمع البحوث الاسلامية ، ومذكرتها الايضاحية ، والمادتين ٦٩ و ٧٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ·

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٤٧ / ١ من التقنين العراقي ، حيث جاء فيها : « ... واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن » ·

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٠٠ / ٢ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « فاذا تلف بعض المبيع يخير المشتري ان شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن » ·

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٧٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا هلك المبيع في جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه ، كان للمشتري الحق في انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع · فاذا كان الهلاك أو التلف جسيما بحيث لو كان موجودا عند البيع لما أبرمه ، كان له فسخ البيع · وذلك كله اذا كان الهلاك أو التلف حاصلا قبل اعذار المشتري لتسلم المبيع » ·

(مادة ٤٠٦)

يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقا متعلقا بالمبيع وقت البيع يحتج به على المشتري · ويكون البائع ملزما بالضمان أيضا ، ولو ادعى الأجنبي حقا نشأ بعد البيع ، اذا كان هذا الحق قد آل اليه نتيجة لفعل البائع ·

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٣٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري · ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » ·

وقد ادخلت على هذا النص التعديلات الآتية :

١ – تعديل عبارة « فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق » الى « فعل أجنبي يدعي أن له حقا » · وذلك توخيا للدقة في التعبير ، اذ ان التعرض يتحقق فعلا بمجرد الادعاء ولو لم يكن هذا الادعاء على أساس·

٢ – تعديل عبارة « حق على المبيع » الى « حقا متعلقا بالمبيع » ، وذلك حتى يشمل النص الحق العيني والحق الشخصي ·

٣ – تعديل عبارة « ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع » الى « ولو ادعى الأجنبي حقا نشأ بعد البيع » · وذلك أيضا توخيا للدقة في التعبير ، اذ أن التعرض يتحقق فعلا بمجرد الادعاء ولو لم يكن المتعرض محقا في ادعائه ·

٤ – تعديل عبارة « اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » الى « اذا كان هذا الحق قد آل اليه نتيجة لفعل البائع » ، لأن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل الى الغير نتيجة لفعل البائع ، وهذا يشمل ما اذا كان الأجنبي قد استمد حقه من البائع ، كما يشمل ما اذا كان الحق قد آل الى الأجنبي نتيجة لفعل البائع ولو لم يكن الحق مستمدا من البائع نفسه ·

(أنظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (م ٥٨٤) ومذكرتها الايضاحية والتعديل الذى ادخل عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٠ – ٨٣) ·

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٤٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري ··

٢ – ويثبت ضمان التعرض · ولو لم ينص عليه في العقد » ·

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٠٣ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ – يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض المشتري اذا كان سبب الاستحقاق سابقا على عقد البيع ·

٢ – ويضمن البائع أيضا اذا استند الاستحقاق الى سبب حادث بعد البيع ناشيء عن فعله » ·

وتتفق في حكمها مع المادتين ٤٨١ و ٤٨٢ من التقنين الكويتي :

فالمادة ٤٨١ من هذا التقنين تنص على أن « يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه ولو اتفق على غير ذلك » ·

والمادة ٤٨٢ تنص على أن « يضمن البائع التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه من أي شخص يدعي حقا على المبيع يحتج به على المشتري ، كما يكون ملزما بالضمان ولو ادعى المتعرض حقا نشأ بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع أو كان نتيجة لفعله » ·

أنظر في الفقه الاسلامي : مرشد الحيران م ٤٢٨/٣و٤٩١و٤٩٣ ، و٤٩٥ – ٥٠٢ و ٥٠٥ و ٥٠٦ و ٥٠٩ – ٥١١ ·

: المجلة م ٦٣٦ ·

: مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك باشراف مجمع البحوث الاسلامية م ٧٢ ·

(مادة ٤٠٧)

١ – اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع ، وجب عليه ان يبادر الى اخطار البائع بذلك ، ويكون على البائع بحسب الأحوال ان يتدخل فى الدعوى الى جانب المشترى او ان يحل فيها محله .

٢ – فاذا تم الاخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى، وجب عليه الضمان ، الا اذا اثبت ان الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه .

٣ – واذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الامر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان اذا اثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى الى رفض دعوى الاستحقاق .

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٤٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على أنه «اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع واخطر بها البائع ، كان على البائع ، بحسب الأحوال ووفقا لقانون المرافعات ، ان يتدخل فى الدعوى الى جانب المشترى أو أن يحل فيها محله» .

وقد عدلت فى هذه الفقرة عبارة «واخطر بها البائع» الى «وجب عليه أن يبادر الى اخطار البائع بذلك» ، وذلك لاظهار أن الاخطار واجب يقع على المشترى ، مادام أن عدم القيام به يؤدى الى فقد حقه فى الرجوع بالضمان . وعدلت كلمة «كان» الى «ويكون» ، لأن سياق العبارة يقتضى ذلك . وحذفت عبارة «ووفقا لقانون المرافعات» ، لأنها من قبيل التزيد .

أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٤٠ من التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٣ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

«١ – اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع كليا او جزئيا وجب عليه المبادرة بادخال البائع فيها .

٢ – فاذا لم يقم بادخاله وصدر لصالح الغير حكم نهائى ، سقط الضمان عن البائع اذا ثبت ان ادخاله فى دعوى الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدى الى رفضها» .

وتقابل المادة ٥٠٤ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

«١ – الخصومة فى استحقاق المبيع قبل تسلمه يجب ان توجه الى البائع والمشترى معا .

٢ – فاذا كانت الخصومة بعد تسلم المبيع ، وأراد المشترى الرجوع على البائع ، وجب ادخاله فى الدعوى» .

وتقابل المادة ٥٥١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

«١ – لا يرجع المشترى بالضمان اذا لم يثبت الاستحقاق الا باقراره أو بنكوله .

٢ – ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت الا باقراره أو بنكوله، اذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ودعاه للدخول معه فى الدعوى فلم يفعل . هذا مالم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق فى دعواه بالاستحقاق» .

والسند الشرعى لحكم المادة المقترحة هو ماتقتضيه المحافظة على مصالح وحقوق البائع وتمكينه من دفع دعوى الاستحقاق ، وبذلك يسلم له ملكه وينفذ عقده ، وفى هذا مصلحة أيضا للمشترى .

انظر المادتين المقابلتين لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٥٨٥ و ٥٨٦) ومذكرتهما الايضاحية والتعديلات التى ادخلت عليهما فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٨٤ – ٨٨ .

(مادة ٤٠٨)

يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للاجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون ان ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم فلم يتدخل البائع فيها . هذا مالم يثبت البائع ان الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٤١ من التقنين الحالى التى تنص على أن «يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه ان يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك مالم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه» .

وقد عدلت فى هذه المادة عبارة «ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل» الى «فلم يتدخل البائع فيها» . وعدلت عبارة «كل ذلك» الى «هذا» .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

«١ – لا يرجع المشترى بالضمان اذا لم يثبت الاستحقاق الا باقراره أو بنكوله .

٢ – ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت الا باقراره او بنكوله، اذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ودعاه للدخول معه فى الدعوى فلم يفعل . هذا مالم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق فى دعواه بالاستحقاق» .

وتقابل المادتين ٥٠٧ و ٥٠٨ من التقنين الاردني :

فالمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أنه « لايملك المشترى الرجوع على البائع اذا كان الاستحقاق مبنيا على اقراره أو نكوله عن اليمين » .

والمادة ٥٠٨ تنص على ما يأتي :

« ١ ــ اذا صالح المشترى مدعى الاستحقاق على مال قبل القضاء له وأنكر البائع حق المدعى ، كان للمشترى ان يثبت ان المدعى محق فى دعواه ، وبعد الاثبات يخير البائع بين اداء ما يعادل بدل الصلح أو رد الثمن الى المشترى .

٢ ــ واذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشترى بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن » .

انظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (٥٨٧) ومذكرتها الايضاحية والتعديل الذى ادخل عليها فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٨ ــ ٩٠ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٤٩٦ من مرشد الحيران على ما يأتي :

« لا يرجع المشترى بالثمن على البائع الا اذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبينه . فان ثبت استحقاقه باقرار المشترى أو وكيله أو بنكول المشترى أو وكيله ، فلا يكون له حق فى الرجوع على البائع » . وحكم المادة المقترحة يعتد باقرار المشترى فى ظروف تفيد اقرار البائع بدعوى الأجنبى ، وذلك فى ضوء حسن نية المشترى فى اقراره واخطار البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم فلم يتدخل وعجز البائع عن اثبات عدم استحقاق الأجنبى . وفى هذا ما يتفق بمفهوم المخالفة مع حكم المادة ٤٩٦ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٠٩)

اذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو باداء شئ آخر ، كان للبائع ان يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع جميع المصروفات .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٢ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « الفوائد القانونية » .

وهى تقابل المادة ٥٠٨ من التقنين الأردني التى تنص على ما يأتي :

« ١ ــ اذا صالح المشترى مدعى الاستحقاق على مال قبل القضاء له وأنكر البائع حق المدعى ، كان للمشترى ان يثبت أن المدعى محق فى دعواه ، وبعد الاثبات يخير البائع بين اداء ما يعادل بدل الصلح او رد الثمن الى المشترى .

٢ ــ واذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشترى بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن » .

وتقابل المادة ٥٥٢ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا اثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشترى على ترك المبيع بعوض ، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق ، وللمشترى ان يرجع على بائعه بالضمان » .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة لنص التقنين الحالى (م٥٨٨) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩١ و ٩٢ .

وحكم المادة المقترحة يتناول صورة من الصلح المشار اليه فى المادة السابقة ، وذلك بدفع عوض لمدعى الاستحقاق . وهذه الصورة تستند الى القاعدة الشرعية التى تقضى بأن من أدى مالا حفظ به مال غيره كان له أن يسترده . اذ المفروض فى هذا وفى ضوء المادة السابقة أن المشترى فيما قام به كان حسن النية وانه أخطر البائع ودعاه الى التدخل فلم يفعل وأن البائع عجز عن اثبات عدم استحقاق الأجنبى .

(مادة ٤١٠)

اذا استحق كل المبيع ، كان للمشترى ان يطلب من البائع :

١ ــ ثمن المبيع .

٢ ــ قيمة الثمار التى الزم المشترى بردها لمن استحق المبيع .

٣ ــ المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى ان يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سئ النية .

٤ ــ جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشترى يستطيع ان يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى .

٥ ــ وبوجه عام ، تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٤٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتي :

« اذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع :

١ ــ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

٢ ــ قيمة الثمار التى الزم المشترى بردها لمن استحق المبيع .

٣ ــ المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سئ النية .

٤ ــ جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشترى يستطيع ان يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى .

٥ ــ وبوجه عام ، تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – استعيض عن البند الأول من هذه المادة بالعبارة الآتية : « ثمن المبيع » .

٢ – حذفت العبارة الأخيرة من هذه المادة ، وهى التى تقول : «كل هذا مالم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله» .

وحكم المادة المقترحة فى رجوع المشترى على البائع بالثمن عند الاستحقاق يتفق مع مايقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٩١ من مرشد الحيران على أن « البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير » . راجع أيضا المادتين ٤٩٩ و ٥٠٠ ، والمواد من ٥٠١ الى ٥٠٤ من مرشد الحيران .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥٤ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا استحق المبيع على المشترى وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشترى استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت ، وله أن يسترد أيضا قيمة الثمار التى الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التى صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ماكان يستطيع المشترى أن يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى .

٢ – أما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشترى أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التى انفقها على المبيع وأن يطالب تعويضا عما لحقه من خسارة و فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع » .

وتقابل المادة ٥٠٥ من التقنين الأردنى التى تنص على مايأتى :

« ١ – اذا قضى باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن اذا أجاز البيع ويخلص المبيع للمشترى .

٢ – فاذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشترى ان يرجع على البائع بالثمن .

٣ – ويضمن البائع للمشترى ما أحدثه فى المبيع من تحسين نافع مقدرا بقيمته يوم التسليم للمستحق .

٤ – ويضمن البائع أيضا للمشترى الاضرار التى نشأت باستحقاق المبيع » .

وتقابل المادة ٤٨٤ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا استحق المبيع كله ، كان للمشترى ان يسترد الثمن من البائع ويرجع عليه بكل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

٢ – ومع ذلك يقتصر حق المشترى على استرداد الثمن ، اذا أثبت البائع له أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق » .

انظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (٥٨٩) ومذكرته الايضاحية والتعديلات التى ادخلت عليها فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٤ – ٩٨ .

(مادة ٤١١)

١ – اذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بحق أو قيد ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علم به لما اتم العقد ،كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه على ان يعوضه البائع على النحو المبين فى المادة السابقة .

٢ – فاذا اختار المشترى استيفاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له الا ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٤٤٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « اذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه » .

وقد استبدلت فى هذه الفقرة عبارة « أو وجد مثقلا بحق أو قيد » بعبارة « أو وجد مثقلا بتكليف » للايضاح . فقد يكون المبيع مثقلا بحق ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق امتياز أو ضريبة تحسين ترتبت على أعمال المنافع العامة . وقد يكون مثقلا بقيد ، كالقيد الناشىء من اعتماد خط التنظيم . ولكن لا يدخل فى معنى القيد ما يفرضه القانون بصفة عامة على جميع الملاك .

كما أدخل على هذه الفقرة تعديل لفظى على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فانها مطابقة للفقرة الثانية من من المادة ٤٤٤ من التقنين الحالى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى استحقاق بعض المبيع . فقد نصت المادة ٥٠٥ من مرشد الحيران على أنه « اذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع فى القدر المستحق ويخير المشترى فى الباقى ان شاء رده ورجع بجميع الثمن وان شاء أمسكه ورجع بحصة المستحق سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أم لا » .

كما نصت المادة ٥٠٦ على أنه « اذا قبض المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره . ثم ان أحدث الاستحقاق عيبا فى الباقى يخير المشترى ان شاء رده ورجع بجميع الثمن وان شاء أمسكه ورجع بثمن المستحق . وان لم يحدث عيبا فى الباقى يأخذه المشترى بلا خيار ويرجع بحصة المستحق » .

والنص المقترح يعبر عن وجود عيب في المبيع بقوله ان خسارة المشترى قد بلغت قدرا لو علم به لما أتم العقد ، اذ ان المقصود بالعيب في تعبير الفقه الاسلامي هنا هو تفريق الصفقة على المشترى وما يسببه من خسارة .

والتعويض المشار اليه في حالة استبقاء المبيع أو عدم بلوغ الخسارة الحد المبين في الفقرة الأولى يراد به حصة القدر المستحق من الثمن بالاضافة الى تعويض الخسائر الأخرى .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٤٨٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – اذا استحق بعض المبيع ، أو ثبت عليه حق للغير ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه على أن يعوض في حدود ما تقضى به المادة السابقة .

٢ – فاذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة الأولى ، لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقا لما تقضى به المادة السابقة » .

وتقابل المادة ٥٥٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ – اذا استحق بعض المبيع ، أو كان مثقلا بتكليف لاعلم للمشترى به وقت العقد ، كان للمشترى أن يفسخ العقد .

٢ – واذا اختار المشترى الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » .

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ – اذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه كله كان للمشترى أن يرد ما قبض ويسترد الثمن أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق .

٢ – واذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله وأحدث الاستحقاق عيبا في الباقي كان للمشترى رده والرجوع على البائع بالثمن أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن وان لم يحدث عيبا وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشترى الا الرجوع بحصة الجزء المستحق .

٣ – فاذا ظهر بعد البيع أن على المبيع حقا للغير كان للمشترى الخيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن » .

(مادة) ٤١٢

لا يضمن البائع حقا او قيدا يثقل المبيع اذا كان قد أبان عنه للمشترى او كان هذا القيد قيدا قانونيا على الملكية .

هذه المادة مستحدثة . وبمقتضاها يعفى البائع مع ضمان حق أو قيد يكون المبيع مثقلا به اذا أبان عنه للمشترى . ذلك ان قبول المشترى للمبيع بعد أن أبان البائع عما يثقله من حق أو قيد يستفاد منه نزول المشترى عن الضمان ، وبالتالي اعفاء البائع منه . غير أنه اذا كان القيد الذى يثقل المبيع قيدا قانونيا على الملكية ، بحيث يفرضه القانون على جميع الملاك ، فلا يضمنه البائع سواء أبان عنه للمشترى أولم يبين عنه ، وسواء ثبت أن المشترى يعرفه أو لم يثبت ، مادام أنه قيد يفرضه القانون ويفترض علم المشترى به .

والواقع أن قيود الملكية بهذا المعنى ، كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، اذ أنها قيود قانونية مفروضة على جميع الملاك .

ولذلك لا يضمنها البائع حتى لو ضمن خلو المبيع من حقوق الارتفاق

وقد روى في ظل المادة المقترحة أن يستغنى عن حكم الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ من التقنين الحالي التي تنص على أن « يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى » .

فاذا كان المبيع مثقلا بحق ارتفاق ، فلا يضمنه البائع اذا كان قد أبان عنه للمشترى ، وذلك طبقا لما تقضى به المادة المقترحة . واذا كان حق الارتفاق ظاهرا ، ولم يبين عنه البائع للمشترى ، سرى حكم القواعد العامة ، حيث يتحمل البائع بالضمان ولا يكفى لاسقاط هذا الضمان أن يكون المشترى عالما بحق الارتفاق . وليس هناك ما يدعو الى الابقاء على حكم التقنين الحالي الذى يقضى بعدم الضمان اذا كان حق الارتفاق ظاهرا حتى ولو لم يبين عنه البائع للمشترى ، فهذه خصوصية ترجع الى تقاليد القانون الروماني ولم يعد هناك مبررا للأخذ بها .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لا يضمن البائع حقا ينقص من انتفاع المشترى بالمبيع اذا كان قد أبان عنه للمشترى وقت التعاقد أو كان هذا الحق ارتفاقا ظاهرا أو ناشئا عن قيد قانوني على الملكية » .

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو القبول الضمنى من جانب المشترى مادام البائع قد أبان له عما يثقل المبيع من حق أو قيد . أما القيد القانوني على الملكية فهو قيد عام يفترض علم الكافة به .

(مادة ٤١٣)

١ – لا يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على زيادة ضمان الاستحقاق او انقاصه او اسقاطه .

٢ – ولا يمنع علم المشترى بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان على البائع .

هذه المادة تقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٤٥ والمادة ٤٤٦ من التقنين الحالي .

فالمادة ٤٤٥ فقرة أولى وثالثة من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ ــ يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان .

٣ ــ ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الأجنبي » .

والمادة ٤٤٦ تنص على ما يأتي :

« ١ ــ اذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسئولا عن أي استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ ــ أما اذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فان البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، الا اذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار » .

وتقابل المادتين ٥٥٦ و ٥٥٧ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٥٦ من هذا التقنين تطابق المادة ٤٤٥ من التقنين المصري الحالي .

والمادة ٥٥٧ تنص على ما يأتي :

« ١ ــ اذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسئولا عن أي استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ ــ أما اذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فان البائع يكون مسئولا عن رد الثمن فقط » .

وتقابل المادتين ٤٨٧ و ٤٨٨ من التقنين الكويتي .

فالمادة ٤٨٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ ــ يجوز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو اسقاطه .

٢ ــ ومع ذلك يقع باطلا كل شرط بانقاص الضمان أو اسقاطه ، اذا كان البائع قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئا عن فعله » .

والمادة ٤٨٨ تنص على أنه « اذا كان شرط عدم الضمان صحيحا ، فان البائع يكون مع ذلك مسئولا عن رد الثمن ، الا اذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار » .

وقد روعي في المادة المقترحة الاخذ بما يخالف الأحكام الواردة في التقنين المصري الحالي والتقنين العراقي والتقنين الكويتي على نحو يكون الحكم فيه مطلقا .

فلا يجوز الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق . ولا يجوز الاتفاق على انقاص هذا الضمان أو اسقاطه ، سواء تعمد البائع اخفاء سبب الاستحقاق أو لم يتعمد ذلك . ويكون البائع مسئولا عن أي استحقاق ، سواء نشأ هذا الاستحقاق من فعله أو نشأ من فعل الغير ، وسواء كان المشتري يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو لايعلمه ، وحتى لو كان المشتري قد اشترى ساقط الخيار .

وذلك اتساقا مع ما قرره المشروع في المادة ٢٢٩ منه التي تنص على ما يأتي :

« ١ ــ لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة .

٢ ــ وكذلك لايجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي » .

وقد رأينا أن هذا الحكم يخالف ما نصت عليه المادة ١/٢١٧ و ٢ من التقنين المصري الحالي والمادة ١/٢٥٩ و ٢ من التقنين العراقي والمادتين ٢٩٥ و ٢٩٦ من التقنين الكويتي .

ورأينا ماجاء في المادة ٥/٢٢٩ من المشروع قد روعي فيه مبدأ أساسي في الشريعة الاسلامية ، هو ما جاء في الآية الكريمة : « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، مما لايسوغ معه أن يتفق مقدما على زيادة مسئولية المدين أو الاعفاء منها .

وهذا المبدأ الشرعي هو الذي روعي أيضا في حكم المادة المقترحة .

فهذا المبدأ من ناحية يدعو الى عدم الزام المتعاقد باكثر مما يقتضيه حكم العقد ، مما لا يسوغ معه أن يتفق على تحميل البائع بما يزيد في ضمان الاستحقاق . ويوجب من ناحية أخرى الزام المتعاقد بما يقتضيه حكم العقد ، مما لا يسوغ معه أن يتفق على انقاص ضمان الاستحقاق الذي يقع على عاتق البائع أو اسقاطه عنه ، وما تقضي به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة . فلا يمنع علم المشتري بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان على البائع . اذ أن المشتري قد يعتقد أن البائع سيحصل على ملكية المبيع من مالكه الحقيقي أو أنه سيدفع تعرض الأجنبي الذي له حقوق أخرى متعلقة بالمبيع . فاذا لم يتحقق ما يعتقده المشتري ، فاستحق المبيع كله أو بعضه رجع المشتري بضمان الاستحقاق على البائع .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي في هذا الصدد . فقد نصت المادة ٤٩٣ من مرشد الحيران على أنه « لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط » .

كما نصت المادة ٤٩٤ من مرشد الحيران على أن « علم المشتري بكون المبيع ليس ملكا للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

كما يتفق مع ما نصت عليه المادة ٥٠٦ من التقنين الأردنى وهى تطابق المادتين ٤٩٢ و ٤٩٤ من مرشد الحيران .

(مادة ٤١٤)

١ – يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه ، أو اذا كان بالمبيع فى هذا الوقت عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد ومما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له . ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده .

٢ – ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع ان يتبينها بنفسه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، الا اذا أثبت المشترى ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو اثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٧ من التقنين الحالى ، مع اضافة عبارة « فى هذا الوقت » فى الفقرة الأولى للايضاح ، اذ أن شرط وقت التسليم يسرى على الحالتين المنصوص عليهما فى صدر المادة .

وتقابل المادتين ٥٥٨ و ٥٥٩ من التقنين العراقى :

فالمادة ٥٥٨ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان للمشترى مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى .

٢ – والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبره أو مايفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب فى أمثال المبيع عدمه . ويكون قديما اذا كان موجودا فى المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو فى يد البائع قبل التسليم » .

والمادة ٥٥٩ تنص على أنه « لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشترى يعرفه ، أو كان يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغى من العناية ، الا اذا اثبت ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى عنه العيب غشا منه » .

وتقابل المواد ٤٨٩ و ٤٩١ و ٤٩٨ من التقنين الكويتى :

فالمادة ٤٩٣ من هذا التقنين تنص على ان « يكون البائع ملزما بالضمان وفقا لأحكام المادة ٤٨٥ اذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذى أعد له » .

والمادة ٤٩٥ تنص على أنه « لايضمن البائع عيبا كان المشترى يعرفه وقت البيع ، او كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغى من العناية ، الا اذا اثبت المشترى ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أنه قد تعمد اخفاءه غشا منه » .

والمادة ٤٩٨ تنص على أنه « اذا لم تتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل البائع للمشترى وجودها فيه ، كان للمشترى ان يطلب فسخ البيع مع التعويض ، أو أن يستبقى المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات » .

وتقابل المواد ٥١٢ / ٢و ٥١٣ / ٢و٣ و ٤و٥١٤ / ١و ٢و٣ من التقنين الأردنى :

فالمادة ٥١٢ / ٢ من هذا التقنين تنص على أن « تسرى القواعد العامة بشأن خيار العيب (أنظر م ١٩٣–١٩٨) على عقد البيع مع مراعاة الأحكام التالية : »

والمادة ٥١٣ / ٢ و ٣ و ٤ تنص على ما يأتى :

٢ – ويعتبر العيب قديما اذا كان موجودا فى المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو فى يد البائع قبل التسليم .

٣ – يعتبر العيب الحادث عند المشترى بحكم القديم اذا كان مستندا الى سبب قديم موجودا فى المبيع عند البائع .

٤ – يشترط فى العيب القديم ان يكون خفيا والخفى هو الذى لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أولا يتبينه الشخص العادى أولا يكشفه غير خبير أولا يظهر الا بالتجربة » .

والمادة ٥١٤ / ١ و ٢ و ٣ تنص على ما يأتى :

« لا يكون البائع مسئولا عن العيب القديم فى الحالات الآتية :

١ – اذا بين البائع عيب المبيع حين البيع .

٢ – اذا اشترى المشترى المبيع وهو عالم بما فيه من العيب .

٣ – اذا ارضى المشترى بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر » .

ويتضح من هذه النصوص ان شروط العيب الموجب للضمان واحدة فى النص المقترح والتقنين المصرى الحالى والتقنين العراقى والتقنين الكويتى والتقنين الأردنى .

وهذه الشروط هى الشروط ذاتها فى الفقه الاسلامى : انظر فى هذا المواد ٣٣٨ – ٣٤١ من المجلة ، والمواد ٥١٤ – ٥١٧ من مرشد الحيران ، والمواد ٨٤و ٨٥و ٩٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفه ، والمادة ٨٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

وانظر فى تخلف صفه كفل البائع للمشترى وجودها فيه : م ٩٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

وانظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٥٩٣ و ٥٩٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٠٩ – ١١٣ .

(مادة ٤١٥)

لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٩٠ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٥١٢ / ١ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « يعتبر البيع منعقدا على أساس خلو المبيع من العيوب الا ما جرى العرف على التسامح فيه » .

وتتفق فى حكمها أيضا مع ما يقرره الفقه الاسلامى ، حيث من قواعده الكلية أن « العادة محكمة . . » (م ٣٦ من المجلة) . ويتفرع عن ذلك أن « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م ٤٥ من المجلة) ، وأن « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » (م ٤٣ من المجلة) ، وأن « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م ٣٧ من المجلة) ، وأن « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » (م ٤٤ من المجلة) . انظر ما لا يعد عيبا فى العرف فى المادة ٥٢٣ من مرشد الحيران والمادة ٣٥٣ من المجلة .

(مادة ٤١٦)

اذا تسلم المشترى المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف فى التعامل . فاذا كشف عيبا يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع .

٢ - اما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٦٠ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٤٩٢ من التقنين الكويتى .

وما يقضى به النص المقترح من وجوب اخطار البائع بالعيب أمر تفرضه طبيعة الأشياء وما هو مألوف فى التعامل ، وهو ما يقره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١٠٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « اذا حصل من المشترى بعد اطلاعه على عيب المبيع ما يدل عرفا على الرضى بالعيب من قول أو فعل أو سكوت عن طلب الرد بالعيب أكثر من يومين بغير عذر سقط حقه فى الرد به » .

(مادة ٤١٧)

اذا اخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤١١ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٠ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى صدر المادة ٤٩٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يكون البائع ملزما بالضمان وفقا لأحكام المادة ٤٨٥ اذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ...... » .

وتقابل المادة ٥٥٨ / ١ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا ظهر فى المبيع عيب قديم كان المشترى مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بالثمن المسمى » .

وتقابل المادة ٥١٣ / ١ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا ظهر فى المبيع عيب قديم كان المشترى مخيرا ان شاء قبله بالثمن المسمى وليس له إمساكه والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن » .

انظر فى الفقه الاسلامى المواد ٣٣٧ و ٣٥١ و ٣٥٢ من المجلة والمواد ٥١٩ - ٥٢٣ من مرشد الحيران .

فقد جاء فى المادة ٥١٩ من مرشد الحيران ما يأتى : « ما بيع بيعا مطلقا منقولا كان أو عقارا وظهر للمشترى عيب قديم فيه فله الخيار ان شاء قبله بكل الثمن المسمى وان شاء رده واسترد الثمن ان كان نقده للبائع » . ونصت المادة ٥٢٠ على أنه « اذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشترى مخير ان شاء قبلها بالثمن المسمى وان شاء رد جميعها . وليس له أن يرد المعيب وحده ويأخذ السالم » . ونصت المادة ٥٢١ على أنه « اذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فان لم يكن فى تفريقها ضرر فللمشترى أن يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالما وليس له أن يرد الجميع بدون رضى البائع . وان كان فى تفريقها ضرر فله أن يرد المبيع كله أو يقبله بكل الثمن » .

وانظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٥٩٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٢٢ - ١٢٤ .

(مادة ٤١٨)

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٩٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٥٦٤ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا هلك المبيع المعيب فى يد المشترى فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن » .

وتقابل المادة ٥١٦ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذاهلك المبيع المعيب بعيب قديم في يد المشتري أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي (م ٥٩٧) والتعديل الذي أدخل عليه في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٤

وانظر في الفقه الاسلامي المادة ٥٣٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٤١٩)

١ ـ لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا ولو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بعدم سماع الدعوى لتمام التقادم اذا ثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ تسقط بالتقادم دعوى الضمان اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم اذا ثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(١) استبدلت عبارة « لا تسمع دعوى ضمان العيب » في الفقرة الأولى بعبارة « تسقط بالتقادم دعوى الضمان » مراعاة للخطة التي جرى عليها المشروع وهي الأخذ بفكرة عدم سماع الدعوى بالحق بدلا من فكرة انقضاء الحق أو سقوطه بالتقادم التي يأخذ بها التقنين الحالي .

(٢) أضيف في الفقرة الأولى ما يفيد أن يكون تسليم المبيع تسليما فعليا ، لأن هذا التسليم هو الذي يتيح للمشتري أن يكشف العيب ، فلا يكفي التسليم الحكمي . وبذلك يتسق الحكم مع ما هو مقرر في خصوص العجز والزيادة في مقدار المبيع من أن التسليم يجب أن يكون تسليما فعليا (م ٤٠١ من المشروع و م ٤٣٤ من التقنين الحالي) .

(٣) استبدلت عبارة « أن يتمسك بعدم سماع الدعوى لتمام التقادم » في الفقرة الثانية بعبارة « أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٤٩٦ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ تسقط دعوى ضمان العيب اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ وليس للبائع أن يتمسك بالسقوط اذا ثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه » .

وتتفق في حكمها ، فيما عدا المدة ، مع المادة ٥٧٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا ثبت أن اخفاء العيب كان بغش منه » .

وتتفق في حكمها ، فيما عدا المدة ، مع المادة ٥٢١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ لا تسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسليم المبيع ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول .

٢ ـ وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا ثبت أن اخفاء العيب كان بغش منه » .

والسند الشرعي للمادة المقترحة مبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان قطعا للخصومة في أقل وقت ممكن ، ما لم يقبل البائع مدةأطول من سنة لعدم سماع الدعوى أو يرتكب غشا باخفاء العيب .

(مادة ٤٢٠)

يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب في المبيع غشا منه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٩٥ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٥٦٧ و ٥٦٨ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٦٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ ـ اذا ذكر البائع أن في المبيع عيبا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر .

٢ ـ واذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث » .

والمادة ٥٦٨ ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة المقترحة ، تنص على ما يأتى :

« ١ – يجوز أيضا للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان .

٢ – على أن كل شرط يسقط لضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب » .

وتقابل المادة ٥١٤/٤ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« لا يكون البائع مسئولا عن العيب القديم فى الحالات التالية :

٤ – اذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين الا اذا تعمد البائع اخفاء العيب أو كان المشترى بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب » .

انظر فى الفقه الاسلامى المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ من المجلة والمادتين ٥١٧ و ٥١٨ من مرشد الحيران . فقد نصت المادة ٥١٧ من مرشد الحيران على انه « اذا ذكر البائع أن فى المبيع عيبا فاشتراه المشترى بالعيب الذى سماه له فلا خيار له فى رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر ولو قبله المشترى بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر » .

أما فى حالة تعمد البائع اخفاء العيب فى المبيع غشا منه ، فيبطل شرط اسقاط الضمان أو انقاصه . انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٩٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك،حيث جاء فيها أن شرط براءة البائع من العيوب لا يعفيه الا من العيوب التى لا يعلمها ، أما التى علمها وأخفاها عن المشترى فلا يبرأ منها لأن هذا من باب الغش .

(مادة ٤٢١)

لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ولا فى البيوع الادارية اذا تمت بطريق المزاد العلنى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٤ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٩٧ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٩ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « لا تسمع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥١٤ / ٥ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« لا يكون البائع مسئولا عن العيب القديم فى الحالات التالية :

٥ – اذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الادارية» .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٦٠٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٩) .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما نصت عليه المادة ٩٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، حيث تقول : « بيع القاضى أو الوارث لشىء من تركة الميت لقضاء ديونه أو تنفيذ وصيته بيع براءة وان لم تشترط البراءة وقت البيع . فليس للمشترى أن يرد المبيع بما يظهر له فيه من عيب قديم لم يعلم به القاضى أو الوارث والافله الرد به » .

(مادة ٤٢٢)

اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وان يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الاخطار ، والا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٥ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٤٩٩ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع خلالها ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره .

٢ – فاذا لم يقم البائع باصلاح الخلل ، كان للمشترى أن يطلب الفسخ مع التعويض أو ان يستبقى المبيع ويطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل . وفى الحالين يجب رفع الدعوى فى مدة ستة شهور من تاريخ اخطار البائع بوجود الخلل . كل هذا ما لم يتفق على خلافه » .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٦٠١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٠و ١٣١) .

وحكم المادة المقترحة يتناول صورة من صور خيار الوصف . وسنده الشرعى ما نصت عليه المادة ٣١٠ من المجلة ، حيث تقول : « اذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف كان المشترى مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بجميع الثمن المسمى » . وما نصت عليه المادة ٩٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، حيث تقول « اذا شرط المشترى عند عقد البيع وجود وصف فى المبيع له فيه غرض أو جرى العرف بوجود ذلك الوصف فيه أو اعتقد وجوده فيه بسبب تغرير فعلى من البائع ثم تبين له بعد العقد عدم وجود هذا الوصف فله الخيار فى رد المبيع او التمسك به » .

التزامات المشترى :

(مادة ٤٢٣)

يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يتم فيه البيع ، مالم يوجد اتفاق أوعرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٤٥٧ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك » . اذ أنه وفقا للقواعد العامة يسلم المبيع فى الوقت الذى يتم فيه العقد .

وتقابل المادة ٥٧٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن او تعجيله يجب فيه الثمن معجلا .

٢ ـ ويجب على المشترى ان ينقد الثمن أولا فى بيع سلعة بنقد ان أحضر لبائع السلعة . أما اذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معا » .

وتقابل المادة ٥٢٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « على المشترى تسليم الثمن عند التعاقد أولا وقبل تسليم المبيع أو المطالبة به ، مالم يتفق على غير ذلك » .

وتقابل المادة ١/٥٠٠ من التقنين الكويتى التى تنص على أن «يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٢٥١ من المجلة على أن « البيع المطلق ينعقد معجلا . أما اذا جرى العرف فى محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلا أو مقسطا بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الأجل » . ونصت المادة ٤٢٤ من مرشد الحيران على أن « البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا ويدفع فى الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفع مؤجلا أو مقسطا بأجل معلوم فان كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادة الجارية » .

وانظر المادة ٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب ابى حنيفة .

وانظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م٦٠٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ص ١٣٥ ـ ١٣٧ .

(مادة ٤٢٤)

يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى يسلم فيه المبيع . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن . وهذا كله مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٥٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢ ـ فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن » .

وقد رؤى ادماج هاتين الفقرتين ، والتنويه فى نهاية المادة بجواز مخالفة كل أحكامها باتفاق أو عرف ، رغبة فى الايضاح .

والمادة المقترحة تتفق فى أحكامها مع المادة ٥٧٣ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا كان مكان أداء الثمن معينا فى العقد لزم أداؤه فى المكان المشترط أداؤه فيه ، فاذا لم يعين المكان وجب أداؤه فى المكان الذى يسلم فيه المبيع ، واذا لم يكن الثمن مستحقا عند تسليم المبيع وجب الوفاء به فى موطن المشترى وقت الاستحقاق مالم يوجد عرف أو قانون يقضى بغير ذلك » .

وتتفق فى أحكامها مع المادة ٥٠١ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يكون الثمن مستحق الأداء فى المكان الذى يتم فيه تسليم المبيع . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب ادؤه فى موطن المشترى .

٢ ـ وذلك كله مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وتقابل المادة ٥٢٦ من التقنين الأردني التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يلزم المشترى تسليم الثمن المعجل فى مكان وجود المبيع وقت العقد مالم يوجد اتفاق أو عرف يغاير ذلك .

٢ – اذا كان الثمن دينا مؤجلا على المشترى ، ولم يجر الاتفاق على الوفاء به فى مكان معين ، لزم أداؤه فى موطن المشترى وقت حلول الأجل » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى لهذا التقنين (م ٦٠٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٣٦ و١٣٧ .

وأنظر فى الفقه الاسلامى المادتين ٢٥١ من المجلة و ٤٢٤ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٢٥)

١ – اذا كان الثمن مستحق الأداء واعذر البائع المشترى ، أو اذا سلم المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، جاز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب التأخير فى الوفاء بالثمن ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ – وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه ، من وقت تمام البيع ، مالم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغيره .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى أو اذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى . هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ – وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . هذا مالم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغيره » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة على نحو يتفق مع الخطة التى سار عليها المشروع من تحريم الفوائد ، سواء كانت مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير فى الوفاء به (م ١/٢٣٥ من المشروع) . حيث طبق المشروع القاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٣٦ منه والتى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التأخير » . فطبقا لهذه القاعدة ، يجوز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب التأخير فى الوفاء بالثمن ،اذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشترى ، أو اذا سلم المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة المقابلة فى التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يكون للمشترى ثمر المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت البيع ومع ذلك اذا لم يكن البائع قد استوفى الثمن بتمامه ، لا يكون للمشترى من الثمار الا بقدر ما أداه من الثمن . وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بخلافه » .

وتقابل المادة ٥٧٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء الا اذا أعذر المشترى أو سلمه الشىء المبيع وكان هذا قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ،وذلك مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ – والزيادة الحاصلة فى المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقا للمشترى ، وعليه تكاليف المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وحكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٨٠ من مرشد الحيران على أن « الزوائد التى تحصل فى المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتاج تكون حقا للمشترى »... ويعتبر هذا النص تطبيقا للقاعدة العامة التى تقضى بأن الملك ينتقل بالعقد ، ومن ثم تكون للمشترى ثمار المبيع وعليه تكاليفه .

(مادة ٤٢٦)

١ – اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة ، هذا مالم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع .

٢ – وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشترى فى الأجل وفقا لأحكام المادة ٢٦١ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٩ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « الاداء » بكلمة « الدفع » في الفقرة الأولى ، واستبدال كلمة « وفقا » بكلمة « طبقا » في الفقرة الثانية ، وتغيير رقم المادة المحال عليها في هذه الفقرة من ٢٧٣ الى ٢٦١ .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق المادة ٥٠٣ من التقنين الكويتي .

والمادة المقترحة تقابل المواد ٥٧٧ و ٥٧٨ و ٥٧٩ و ٥٨٠ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٧٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ — للبائع حق حبس المبيع الى أن يستوفي ما هو حال من الثمن ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فله حبسه الى أن يستوفي الثمن الحال ، سواء سمى لكل منها ثمن أو لم يسم .

٢ — حق اعطاء المشتري رهنا أو كفالة بالثمن لا يسقط حق الحبس » .

والمادة ٥٧٨ تنص على ما يأتي :

« ١ — اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد اسقط حق حبسه ، وليس للبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه الى أن يستوفي الثمن .

٢ — وقبض المشتري المبيع بدون اذن البائع قبل اداء الثمن لا يكون معتبرا ، وللبائع حق استرداده . فان هلك المبيع أو تعيب وهو في يد المشتري ، ينقلب القبض معتبرا ، ويلزم المشتري باداء ما في ذمته من الثمن » .

والمادة ٥٧٩ تنص على ما يأتي :

« ١ — اذا كان الثمن مؤجلا في عقد البيع أو رضي البائع بتأجيله بعد البيع ، فلا حق له في حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه الى المشتري ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل .

٢ — على أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن ، اذا كان المشتري قد اضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، أو كان في حالة اعسار يوشك معها أن يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة » .

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٦٠٧ في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي ، ولكن لجنة المراجعة عدلتها بحذف الجزء الأخير منها واحالة الحكم الوارد فيه على المادة الخاصة بسقوط حق المدين في الأجل ، وذلك على النحو الوارد في المادة المقترحة والمادة ٤٥٩ من التقنين الحالي .

والمادة ٥٨٠ تنص على انه « اذا مات المشتري مفلسا قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبسه الى أن يستوفي الثمن أو تبيعه المحكمة وتؤدي للبائع حقه من ثمنه . فان زاد عن حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء وان نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون اسوة للغرماء فيما بقي له » .

وتقابل المواد ٥٢٣ و ٥٢٤ و ٥٣٠ من التقنين الاردني .

فالمادة ٥٢٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ — للبائع أن يحتبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة .

٢ — فاذا قبل البائع تأجيل الثمن سقط حقه في احتباس المبيع والتزم بتسليمه للمشتري » .

والمادة ٥٢٤ تنص على ما يأتي :

« ١ — اذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن على مرأى من البائع ولم يمنعه كان ذلك اذنا بالتسلم .

٢ — واذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن بدون اذن البائع كان للبائع استرداده ، واذا هلك أو تعيب في يد المشتري اعتبر متسلما الا اذا شاء البائع استرداده معيبا » .

والمادة ٥٣٠ تنص على ما يأتي :

« ١ — اذا تسلم المشتري المبيع ثم مات مفلسا قبل أداء الثمن فليس للبائع استرداد المبيع ويكون الثمن دينا على التركة والبائع أسوة سائر الغرماء .

٢ — واذا مات المشتري مفلسا قبل تسلم المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ويكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الثمن منه .

٣ — واذا قبض البائع الثمن ومات مفلسا قبل تسليم المبيع كان المبيع أمانة في يده والمشتري أحق به من سائر الغرماء » .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامي : أنظر في هذا : المواد من ٢٧٨ الى ٢٩٧ من المجلة ، والمواد من ٤٥٤ الى ٤٥٩ من مرشد الحيران ، والمادة ٣٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

(مادة ٤٢٧)

١ – اذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع او آيل اليه من البائع ، أو اذا خيف لأسباب جدية ان يستحق المبيع، جاز للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد ان يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم ضمانا .

٢ – ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٧ فقرة ثانية وثالثة من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ٢ – فاذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا .

٣ – ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع » .

وقد استبدلت فى الفقرة الثانية من هذه المادة عبارة « أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع » بعبارة « أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى » وعبارة « أو يزول خطر الاستحقاق » بعبارة « أو يزول الخطر » ، وكلمة « ضمانا » بكلمة « كفيلا » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٧٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا .

٢ – ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن » .

وتقابل المادة ٢/٥٠٠ و ٣ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ٢ – فاذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع او آيل من البائع أو نتيجة لفعله ، أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع ، جاز للمشترى مالم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينتهى التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا .

٣ – ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا ظهر عيب فى المبيع » .

وتقابل المادة ٥٢٨ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع مستندة الى حق سابق على البيع أو آيل اليه من البائع جاز للمشترى أن يحتبس الثمن حتى يقدم البائع كفيلا مليئا يضمن للمشترى رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق وللبائع أن يطلب الى المحكمة تكليف المشترى ايداع الثمن لديها بدلا من تقديم كفيل .

٢ – ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا تبين المشترى فى المبيع عيبا قديما مضمونا على البائع » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م٦٠٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص١٣٦

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٩٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أن « لكل من العاقدين حبس عوضه الحال ابتداء ان خاف فوته حتى يقبض مقابلة ، أما المؤجل وأن حل فليس لأحدهما حبس مقابله حتى يقبضه» .

ونصت المادة ٨٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه : « اذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى عيبا فيه لا يجبر على دفع الثمن أن اثبت العيب أو نكل البائع عن الحلف» .

(مادة ٤٢٨)

اذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٦٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٠٤ من التقنين الكويتى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه المالكى الذى يرى أن ضمان المبيع ينتقل الى المشترى بمجرد العقد ولو لم يقبضه من البائع .

(مادة ٤٢٩)

في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، اذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار أن لم يؤد المشترى الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، وهذا مالم يوجد اتفاق على غيره .

هذه المادة تطابق المادة ٤٦١ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « لأداء الثمن » بعبارة « لدفع الثمن » ، واستبدال عبارة « ان لم يؤد المشترى الثمن » بعبارة « ان لم يدفع الثمن » .

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتي التى تنص على أنه « في بيع المنقولات اذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن كله أو أكثره لتسلم المبيع ، كان للبائع الحق في اعتبار البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار اذا لم يؤدى المشترى المستحق من الثمن عند حلول الميعاد ، وذلك مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك أو كان الباقي من الثمن المستحق يسيرا » .

وتقابل المادة ٥٢٩ من التقنين الأردني التى تنص على أنه « اذا حدد في البيع موعد لاداء الثمن واشترط فيه انه اذا لم يؤد المشترى الثمن خلاله فلا بيع بينهما ، فان لم يؤده والمبيع لم يزل في يد البائع اعتبر البيع منفسخا حكما » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٣١٣ من المجلة على أنه « اذا تبايعا على أن يؤدى المشترى الثمن في وقت كذا وان لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع ، وهذا يقال له خيار النقد» .
ونصت المادة ٣١٤ على أنه « اذا لم يؤد المشترى الثمن في المدة المعينة كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسدا» .

(مادة ٤٣٠)

اذا لم يعين الاتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسليم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلمه في الوقت الذى يتم فيه العقد وفي المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٣ من التقنين الحالي التى تنص على أنه « اذا لم يعين الاتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسليم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلمه في المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن » .

وقد أضيف الى نص التقنين الحالي عبارة « في الوقت الذى يتم فيه العقد » ، استكمالا للحكم .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢/٥٨٦ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٠٦ من التقنين الكويتي .

والمادة المقترحة يتفق حكمها مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٢٨٥ من المجلة على أن « مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع في المحل الذى هو موجود فيه حينئذ » . ونصت المادة ٢٨٧ على أنه « اذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور» .
ونصت المادة ٢٨٣ على أنه « في بيع النسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع ، بل عليه أن يسلم المبيع للمشترى على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل » . حيث يؤخذ من هذا النص أن تسليم المبيع في البيع المطلق يكون عند تمام العقد .

(مادة ٤٣١)

تكون على المشترى نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسليم المبيع ونحو ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٦٢ و ٤٦٤ من التقنين الحالي .

فالمادة ٤٦٢ من هذا التقنين تنص على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .

والمادة ٤٦٤ تنص على أن « نفقات تسلم المبيع على المشترى، مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وقد رؤى ادماج هاتين المادتين في مادة واحدة على النحو الوارد في المادة المقترحة ، واضافة نفقات الوفاء بالثمن ، ما دام أن جميع النفقات المذكورة يتحملها المشترى .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٠٧ من التقنين الكويتي التى تنص على أن « يتحمل المشترى نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وتتفق في حكمها مع المادتين ٥٨٣ و ٥٨٧ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٨٣ من هذا التقنين تنص على أن « نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التى يقتضيها البيع تكون على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

والمادة ٥٨٧ تنص على أن « نفقات تسلم المبيع على المشترى ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٥٣١ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشترى ، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص فى قانون خاص يقضى بغير ذلك » .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة لنصوص التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م ٦١٤ و ٦١٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٥٨ و ١٦٢ و ١٦٣ .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى هذا الصدد : أنظر فى هذا : ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣ ، والمواد ٢٨٨ و ٢٨٩ و ٢٩٢ من المجلة ، والمواد ٤٦٦ و ٤٦٧ و ٤٦٨ من مرشد الحيران والمادة ٣١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

الفرع الثانى

بعض أنواع البيوع

نظرة عامة : -

عرض التقنين الحالى لبعض أنواع البيوع . وهى بيع الوفاء ، وبيع ملك الغير ، وبيع الحقوق المتنازع فيها ، وبيع التركة ، والبيع فى مرض الموت ، وبيع النائب لنفسه .

وقد اعتمد المشروع حكم التقنين الحالى فى بيع الوفاء ، حيث اعتبره باطلا . فلم يعتبره رهنا حيازيا كما يقول الفقه الاسلامى ، والتقنين العراقى والتقنين الكويتى . وذلك نظرا الى أن هذا الرهن يضمن غالبا قرضا بربا فاحش ، وهو ما تصعب اقامة الدليل عليه .

ونظم بيع ملك الغير باعتباره بيعا موقوفا على اجازة المالك . وهذا الحكم يفضل الى حد كبير حكم بيع ملك الغير فى التقنين الحالى ، حيث يكون البيع موقوفا فى حق كل من البائع والمشترى والمالك . فحكمه واحد بالنسبة الى هؤلاء جميعا ، ولا تأتى اجازته الا من جانب المالك .

وحرم بيع الحقوق المتنازع فيها (م ٤٤١ من المشروع) ، لان شراء ما فيه خصومة غير جائز شرعا . وبذلك الغى المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين الحالى . كما وسع من نطاق الحظر المنصوص عليه فى المادة ٤٧١ من التقنين الحالى بالنسبة الى القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين ، فجعله شاملا لكل ضروب التعامل (م ٤٤٣ من المشروع) واستبقى الحظر المنصوص عليه فى المادة ٤٧١ من التقنين الحالى بالنسبة الى المحامين فى تعاملهم مع موكليهم (م ٤٤٤ من المشروع) .

ونظم بيع التركة على نحو ينتفى فيه الغرر الفاحش ، حيث أوجب تعيين مشتملات التركة تعيينا نافيا للجهالة والغرر (م ٤٤٥ من المشروع) ، وذلك على خلاف ما يقضى به التقنين الحالى الذى أجاز بيع التركة دون تفصيل لمشتملاتها (م ٤٧٣ من التقنين الحالى) .

واستبقى أحكام بيع المريض مرض الموت التى نص عليها التقنين الحالى ، فهى مأخوذه من الفقه الاسلامى . ولكنه استكمل هذه الأحكام بالنسبة الى الدائنين (م ٤٥٠ من المشروع) ، فسد بذلك نقصا فى التقنين الحالى .

واستبقى أيضا أحكام بيع النائب لنفسه التى نص عليها التقنين الحالى ، مع اعتباره العقد موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه (م ٤٥٤ من المشروع) ، لان هذا أدق من الناحية الفنية .

واستحدث بيع السلم (م ٤٣٢ - ٤٣٧ من المشروع) . بهذا نوع من البيع يشغل موضعا هاما فى الفقه الاسلامى ، ويستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع فى الوقت الحاضر ، سواء مع المصارف أو الشركات أو الافراد . وقد استمد المشروع تنظيمه من الفقه الاسلامى فى مجموع مذاهبه ، وبذلك أمكنه أن يتحرر من بعض الشروط والقيود التى أحاطه بها المذهب الحنفى .

بيع السلم

(مادة ٤٣٢)

السلم بيع شىء ، غير موجود بثمن مقبوض فى الحال ، على أن يوجد الشىء ويسلم للمشترى فى أجل معلوم .

هذه المادة مستحدثة ، كما هو الشأن فى جميع النصوص الخاصة بالسلم .

والسلم فى الفقه الاسلامى استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة اليه وجريان التعامل فيه .

غير أنه يلاحظ أن النهى عن بيع المعدوم فى هذا الفقه انما هو للغرر لا للعدم ، وأن المشروع فى المادة ٢/١١٩ منه قد اشترط فى التعامل فى الشىء المستقبل أن يعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، فتكون علة بطلان بيع المعدوم قد زالت مادام أن هذا التعامل لايجوز أن يكون احتماليا جزافا ، بحيث لا يدفع المشترى من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع .

وفى ضوء هذا كان من الممكن عدم افراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشىء المستقبل جائزا بوجه عام بشرط تعيينه على النحو المذكور ، لا بيع السلم فحسب .

ومع ذلك رؤى النص على السلم باعتباره نوعا من البيع يشغل موضعا هاما فى الفقه الاسلامى ، ويستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع فى الوقت الحاضر ، سواء مع المصارف أو الشركات أو الافراد . ويسمى المشترى « المسلم » أو « رب السلم » ، والبائع « المسلم اليه » والمبيع « المسلم فيه » والثمن « رأس المال » .

وقد أحاط المذهب الحنفى السلم بشروط وقيود جعلت منه استثناء مقيدا فى حدود ضيقة . نخص بالذكر منها ما يشترطه هذا المذهب من **وجوب أن يكون نوع المبيع موجودا من وقت العقد الى وقت حلول الأجل،** فلا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين ، وما يراه من أن الاجل يسقط بموت البائع . أما المذاهب الاخرى غير المذهب الحنفى فترى غير ذلك . فلا يشترط عند مالك والشافعى عدم انقطاع المسلم فيه

من وقت العقد الى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم اذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء • وقد أخذ المشروع فى هذا برأى الامامين مالك والشافعي• كما أن المشروع لا يقضي بسقوط الاجل بموت البائع•

والنص المقترح مأخوذ من الفقه الاسلامي في مجموع مذاهبه • فقد نصت المادة ١٤٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أن « السلم هو أن يسلم عينا حاضره (رأس مال السلم) في عوض موصوف في الذمة (المسلم فيه)الى أجل » كما نصت المادة ١٠٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « السلم بيع شئ موصوف فى الذمة مؤجل لأجل معلوم تختلف به الأسواق ويوجد فيه جنس المبيع غالبا » •

وهو يتفق فى الحكم مع المادة ٥٣٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل » •

(مادة ٤٣٣)

يشترط فى السلم فيه ان يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر ، وان يكون مما يمكن ضبط صفته بالوصف •

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول •

وهى مأخوذه من الفقه الاسلامى فى مختلف مذاهبه •فقد نصت المادة ١٤٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد على أنه « يشترط أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته بالوصف » • أنظر فى بقية المشروط المواد من ١٤٥ الى ١٥٠ من هذا المشروع •

ونصت المادة ٢٠٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « يشترط فى المسلم فيه بيان جنسه ونوعه وصفته ومقداره وأجله ومكان ايفائه ان كان له محل ومؤنة وكونه متعينا » • ونصت المادة ٢٠٧ على أنه « يصح السلم فيما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره » •

ونصت المادة ١٥٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى على أنه « يشترط فى السلم تسليم رأس المال فى المجلس » • أنظر المواد من ١٥٥ الى ١٦١ من هذا المشروع •

والمادة المقترحة تتفق فى الحكم مع المادة ٥٣٣ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« يشترط لصحة بيع السلم :

١ ـ أن يكون المبيع من الأموال التى يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم •

٢ ـ ان يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان ايفائه •

٣ ـ اذا لم يعين فى العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع فى مكان العقد » •

(مادة ٤٣٤)

يشترط كذلك فى المسلم فيه ان يكون ممكن الوجود عند حلول الأجل •

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول •

وهى مأخوذة من الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة •

أنظر النصوص المشار اليها تحت المادتين السابقتين •

وأنظر أيضا المادة ٥٣٣ من التقنين الأردني التى تقدم ذكرها •

(مادة ٤٣٥)

يجب ان يكون راس المال معلوما للمتعاقدين ، وان يتم الوفاء به عند التعاقد •

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول •

وهى مأخوذة من الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة • فقد نصت المادة ٦/٥٤١ من مرشد الحيران على اشتراط « بيان قدر رأس المال » •

ونصت المادة ١٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتى : « الشرط السادس أن يقبض المسلم اليه رأس مال السلم فى مجلس العقد » •

ونصت المادة ٢١٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « يشترط فى رأس المال أن يكون معلوما ومقبوضا قبل التفرق » •

والمادة المقترحه تقابل المادة ٥٣٤ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « يشترط فى رأس مال السلم أن يكون معلوما قدرا ونوعا وان يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام » •

(مادة ٤٣٦)

اذا حل أجل الوفاء بالمسلم فيه ، وجب تسليمه فى المكان المتفق عليه ، فاذا لم يكن هناك اتفاق وجب تسليمه فى المكان الذى تم فيه العقد •

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول •

وهى مأخوذة من الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة •

فقد نصت المادة ١١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « اذا أجل المسلم فيه وجب على البائع أن يسلمه للمشترى فى المكان الذى شرطا التسليم فيه أو فى محل عقد السلم اذا لم يشترطا مكانا معينا ولا يلزم البائع بتسليمه ولا المشترى بتسلمه منه فى غيرهما الا أن يرضيا بذلك » •

وانظر كذلك م ٥٤٤ من مرشد الحيران وم ١٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٣٣ / ٣من التقنين الاردنى التى تقدم ذكرها .

(مادة ٤٣٧)

اذا تعذر تسليم المسلم فيه لانقطاع جنسه عند حلول الأجل ، جاز للمسلم فسخ العقد واسترداد رأس المال .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهى مأخوذة من الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة .

فقد نصت المادة ٢٠٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على انه « اذا انقطع المسلم فيه بعد حلول الأجل فلرب السلم الخيار بين فسخ السلم أو انتظار وجوده » .

ونصت المادة ١١٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « اذا كان للمسلم فيه وقت معين يظهر فيه وانقطع وجوده فيه عند حلول اجله قبل أن يقبضه المشترى لزمه الانتظار الى ظهوره ثانيا ان كان تأخير القبض بسبب منه فان لم يكن بسبب منه خير بين فسخ عقد السلم أو الانتظار الى ظهوره » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٣٦ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذ تعذر تسليم المبيع عند حلول الاجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طارئ كان المشترى مخيرا بين انتظار وجوده أو فسخ البيع » .

بيع الوفاء

(مادة ٤٣٨)

اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع ، وقع البيع باطلا .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » .

وقد حذف من نص التقنين الحالى عبارة « خلال مدة معينة » للايضاح ، وذلك على اعتبار أن الحكم مطلق ، يستوى فيه أن تحدد مدة لاسترداد المبيع أولا تحدد مدة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٣٣ من التقنين العراقى التى تنص على أن « بيع الوفاء يعتبر رهنا حيازيا » .

وتقابل المادة ٥٠٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع فى مقابل رد الثمن والمصروفات ، اعتبر العقد قرضا برهن حيازى » .

والحكم الذى ينص عليه التقنين العراقى والتقنين الكويتى ، من اعتبار بيع الوفاء رهنا حيازيا هو ما تقول به الفقه الاسلامى (م ٤١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ومذكرتها الايضاحية ، وم ١١٨ و ٣٩٧ ـ ٣٩٩ من المجلة وم٥٤٩ ـ ٥٥٢ من مرشد الحيران . ابن عابدين ص ٢٥٧ و ٨٥٨و ٢٨١ .

ولكن رؤى الأخذ بالحكم الذى ينص عليه التقنين الحالى ، وهو **أن يكون بيع الوفاء باطلا ، سواء باعتباره بيعا أو باعتباره رهنا .** ذلك أن بيع الوفاء كثيرا ما يتخذه المتعاقدان ستارا لاخفاء رهن حيازى يضمن قرضا بربا فاحش . وقد يلجأ المتعاقدان الى بيع الوفاء للتخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن للشىء المرهون اذا لم يف الراهن بالدين . وقد يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمس افدنه فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء . ولذلك اضطر الشارع المصرى قبل صدور التقنين الحالى الى أن يصدر القانون رقم٤٩/٥٠سنة١٩٢٣ الذى يقضى بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء اذا كان واقعا على عقار، ويبين انه رهن، يكون باطلا سواء باعتباره بيع وفاء أو باعتباره رهنا . ولا يكفى لسد الطريق أمام ضروب الاحتيال أن يجرى على بيع الوفاء أحكام الرهن الحيازى اذا كان الرهن يضمن فى الواقع قرضا بربا فاحش، وهو ما يغلب وقوعه وتصعب اقامة الدليل عليه ، وانما يكون الاجدى بطلان العقد ، سواء باعتباره بيعا أو باعتباره رهنا . وقد نصت المادة ٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه « اذا علق أحد المتعاقدين الفسخ على رد البائع الثمن فى وقت محدد ، وكان ذلك حيلة للربح فى القرض ، بطل العقد والشرط » ، (أنظر : كشاف القناع ص ٤٢ . المنتهى ص ١٠٢٧ الشرح البكير ص٥٩) . وجاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ عند النظر فى هذه المسألة حين وضع النص ما يأتى : « تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقد رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية فى التعامل ، انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبدأ ستارا لرهن ، وينتهى الرهن الى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس . والواقع ان من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان اقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ولكنه قل أن يحسن التقدير ، فاذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته ، وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه . ولذلك رؤى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون امام الدائن والمدين الا الالتجاء الى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون **وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسع** المجال لغبن قلما يؤمن جانبه » .

(انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٧٨ و ١٧٩)

(مادة ٤٣٩)

بيع ملك الغير

من باع ملك غيره بدون اذنه ، كان بيعه موقوفا على اجازة المالك .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢ - وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد » .

والحكم الوارد فى المادة المقترحة تطبيق للقاعدة التى أخذ بها المشروع فيما يتعلق بالعقد الموقوف . فقد نصت المادة ١٢٧ من المشروع على أن «يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه » . ونصت المادة ٣/١٢٨ من المشروع على أنه اذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه ؛ كانت اجازته للمالك .

حيث اعتمد المشروع فكرة العقد الموقوف التى يأخذ بها الفقه الاسلامى بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التى يأخذ بها التقنين الحالى وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقى والتقنين الاردنى .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للابطال فى أن هذا الاخير ينشأ صحيحا منتجا لآثاره الى أن يطلب ابطاله فيبطل أو تلحقه الاجازة فيظل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى أن ينقض العقد فيبطل او تلحقه الاجازة فينفذ .

ومن ثم فان فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للابطال فى أن العقد الذى يشوبه انعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الاجازة ، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب ابطاله ، وذلك للافاة التعقيدات التى تنشأ بعد نفاذه .

وبناء على ذلك جعل المشروع بيع ملك الغير بدون اذنه موقوفا على اجازة المالك . وهذا الحكم يفضل الى حد كبير حكم بيع ملك الغير فى التقنين الحالى وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقى والتقنين الاردنى . فبيع ملك الغير فى التقنين الحالى وغيره من التقنينات التى أخذت بالتصوير اللاتينى حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة . فهو نافذ فى حق البائع ، وقابل للابطال بالنسبة الى المشترى بمقتضى نص خاص ، وغير نافذ فى حق المالك ، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الاقرار نافذا فى حقه وصحيحا فى حق المشترى .

بينما فى ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم البيع واحدا بالنسبة الى كل من البائع والمشترى والمالك ، فهو موقوف فى حقهم جميعا ولا تأتى اجازته الا من جانب المالك ، فاذا صدرت هذه الاجازة أصبح العقد نافذا فى حق الجميع (عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج٤ ص٣٠٥-٣٠٧ . أنظر المذكرة الايضاحية للمادتين ١٢٧، ١٢٨ من المشروع) .

العراقى التى تنص على ما يأتى : « فاذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١/١٣٥ من التقنين العراقى التى تنص على أن « من تصرف فى ملك غيره بدون أذنه ، أنعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك » .

وتقابل المادة ٥٥٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ماياتى :

١ - اذا باع شخص ملك غيره بغير اذنه جاز للمشترى أن يطلب فسخ البيع .

٢ - ولا يسرى البيع فى حق مالك العين المبيعة ولو اجازه المشترى

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه : «اذا باع شخص مالا للغير فان الملكية لا تنتقل الى المشترى الا اذا آلت الى البائع أو أقر المالك البيع » .

أنظر فى الفقه الاسلامى المواد ١١١ و ١١٢ و ٣٦٨ و ٣٧٧ من المجلة ، والمادتين ٣٥٥ و ٣٩٦ من مرشد الحيران ، والمادتين ١٤٩ و ١٥٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ومذكرتها الايضاحية .

(مادة ٤٤٠)

١ - اذا أجاز المالك البيع أعتبرت الأجازه توكيلا ، فيصير البيع نافذا .

٢ - وكذلك يصير البيع نافذا اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا أقر المالك البيع ، سرى العقد فى حقه ، وانقلب صحيحا فى حق المشترى .

٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد » .

وتختلف المادة المقترحة عن هذه المادة فى الصياغة مراعاة للأخذ بفكرة العقد الموقوف .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١٣٥ / ٢ من التقنين العرفى التى تنص على ما يأتى : « فاذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولى بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر) .

وتقابل المادة ٥٥١ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٤٦٧ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتي التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

أنظر في الفقه الاسلامي المادتين ٣٧٨،٣٧٧ من المجلة،والمادة٣٩٧ من مرشد الحيران ، والمادة ١٥٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

وقد جاء في الشرح الكبير للدردير ج٣ص١٢: «ووقف ملك غيره،أي بيع ملك غير البائع ، على رضاه ،أي رضى مالكه،اذا لم يعلم المشتري بأن البائع فضولي ، بل وأن علم المشتري بذلك . وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ، وللغاصب اذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه (فليس له) نقض ما باعه أن اشتراه من المغصوب منه بعد ان باعه أو ملكه بهبة أو صدقة » .

وعلى هذا يتخرج حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

(مادة ٤٤١)

اذا لم يجز المالك البيع بطل العقد . وفي هذه الحالة يجوز للمشتري ، اذا كان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع ، أن يطالب بتعويض اذا كان البائع سيء النية .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على أنه «اذا حكم للمشتري بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النيه ».

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

١ - تقرير ان البيع يبطل اذا لم يجزه المالك . فابطال البيع يأتي نتيجة لعدم اجازته من جانب المالك ، وليس بناء على طلب المشتري ويستطيع المشتري ، بمقتضى القاعدة المقررة بالنسبة الى العقد الموقوف في المادة ١٢٩ من المشروع ، أن يطلب من المالك اعلان موقفه باجازة البيع أو رفضها خلال مهلة يعطيها له لاتقل عن ثلاثة أشهر .فاذا أجاز البيع خلال هذه المهلة نفذ العقد ، واذا رفض الاجازة بطل العقد، واذا لم يعلن موقفه بالاجازة او الرفض اعتبر سكوته اجازة .

وللمشتري ، وفقا للقواعد العامة ، أن يطلب أبطال البيع بسبب الغلط ، أو يطلب فسخه بسبب عدم قيام البائع بالتزامه ، أو يرجع على البائع بضمان الاستحقاق اذا تعرض له المالك الحقيقي .

٢ - اعطاء المشتري حق المطالبة بتعويض اذا كان حسن النية بأن كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، وكان البائع في الوقت ذاته سيء النية بأن كان يعلم أن المبيع غير مملوك له وذلك على خلاف ما يقضي به نص التقنين الحالي الذي لا يشترط لطلب التعويض سوى حسن نية المشتري، فاذا توفر هذا الشرط التزم البائع بالتعويض ولو كان حسن النية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٥ / ٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي ، بطل التصرف، واذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به . فان هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد أداه عالما أنه فضولي ، فلا رجوع له بشيء منه».

أنظر في الفقه الاسلامي المادة ٣٩٨ من مرشد الحيران .

فقد فرقت بين ما اذا كان المشتري يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، وما اذا كان يعلم ذلك ، فأجازت له في الحالة الأولى ان يرجع على البائع بالثمن ان كان قائما وبمثله ان كان هالكا ، وأما في الحالة الثانية فلا رجوع له اذا هلك الثمن . وتخريجا على هذا وأعمالا للقاعدة العامة في الضمان تقرر للمشتري الحق في المطالبة بتعويض ما اصابه من ضرر اذا كان يجهل ان المبيع غير مملوك للبائع ، وكان البائع سيء النية .

بيع الحقوق المتنازع فيها

(مادة ٤٤٢)

١ - يقع باطلا بيع الحقوق المتنازع فيها .

٢ - ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى او قام في شأنه نزاع جدي .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين الحالي .

فالمادة ٤٦٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

٢ - ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى او قام في شأنه نزاع جدي » .

والمادة ٤٧٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« لا تسري أحكام المادة السابقة على ما يأتي :

(أ) اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت جزافا بثمن واحد .

(ب) اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة او ملاك وباع أحدهم نصيبه من الآخر .

(ج) اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته .

(د) اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار » .

وقد رؤي الغاء هاتين المادتين ، والنص في المادة المقترحة على بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها ، لان شراء ما فيه خصومة غير جائز شرعا . فقد جاء في شرح التاودي للتحفة : « وانما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع حضور المدين واقراره وأن كان عليه بينة ، لانه قد يطعن فيها او يدعي القضاء فيكون من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور ... »

(التاودى على التحفه ج ٢ ص ٤٧) .

ذلك أن المشترى الذى يقدم على شراء حق متنازع فيه انما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن ، حيث لا يضمن البائع له وجود هذا الحق ، وانما هو يبيع مجرد ادعاء ، الامر الذى يجعل الصفقة منطوية على غرر جسيم . هذا الى أن الاسترداد فى هذه الحالة بمثابة نزع للملك بدون سند شرعى .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٥٩٣ و ٥٩٤ من التقنين العراقى اللتين تتفقان مع المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادتين ٥١٠ و ٥١٢ من التقنين الكويتى اللتين تتفقان مع المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين المصرى الحالى .

(مادة ٤٤٣)

لا يجوز للقضاة ولا لاعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين ان يتعاملوا ، لا باسمائهم ولا باسماء مستعارة ، فى الحقوق المتنازع فيها ، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧١ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين ان يشتروا ، لاباسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله او بعضه ، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها ، والا كان العقد باطلا » .

وقد عدل هذا النص على نحو يجعله اوسع نطاقا مما هو وارد فيه . فبمقتضى المادة المقترحة لا يقتصر التحريم على شراء الحق المتنازع فيه ، بل يشمل كل ضروب التعامل فى هذا الحق . فلا يجوز لاى من المذكورين فى هذه المادة ان يشترى الحق ، ولا ان يقايض عليه ، ولا ان يوهب له ، ولا ان يشارك فيه ولا ان يقترضه .

والخطر هنا يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام ، لأنه يعتبر شرعا من قبيل سد الذرائع ، حتى لا يكون التعامل ذريعة لمفسدة الرشوة . هذا الى ما هنالك من شبهة استغلال النفوذ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٩٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٤٧١ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥١٣ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٣٧) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٠٣ — ٢٠٥ .

(مادة ٤٤٤)

لايجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء اكان التعامل باسمائهم ام باسماء مستعاره ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٩٦ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الحالى (م ٦٣٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٠٣ — ٢٠٥ .

وانظر المذكرة الايضاحية للمادة السابقة .

بيع التركة .

(مادة ٤٤٥)

يجب فى بيع التركة أن تعين مشتملاتها تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، بحيث يتضمن هذا التعيين بيانا وافيا لما فيها من عقارات ومنقولات ومالها من حقوق وماعليها من ديون .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على أن «من باع تركة ، دون أن تفصل مشتملاتها ، لا يضمن الا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك » .

وقد رؤى ان يكون الحكم فى المادة المقترحة على خلاف ما يقضى به نص التقنين الحالى . اذ أن بيع التركة ،دون تفصيل لمشتملاتها، ينطوى على غرر فاحش يخرجه عن الأصول الشرعية المقررة .

فعناصر التركة يجب أن تكون معلومة للمشترى على النحو المذكور فى المادة المقترحة حتى لا يفاجأ أى من الطرفين بما لم يكن فى حسبانه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤١ من التقنين الأردنى التى تتفق فى حكمها مع نص التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٥١٦ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع نص التقنين الحالى .

(مادة ٤٤٦)

اذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب كذلك أن تستوفى هذه الاجراءات .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٤ من التقنين الحالى .

وتقابل المادة ٥٤٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « على المشترى اتباع الاجراءات التى يوجبها القانون لنقل كل حق اشتملت عليه الحصة الأرثية محل التخارج » .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٤٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية (ج ٤ ص ٢٠٩ — ٢١٠) .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أنها تتضمن تنظيما لنقل الحقوق والاحتجاج بها على الغير تقتضيه مصلحة حفظ الحقوق ورفع النزاع .

(مادة ٤٤٧)

اذا استوفى البائع بعض ما للتركة من الحقوق ، أو باع شيئا مما اشتملت عليه أو تبرع به أو استهلكه ، وجب ان يرد للمشترى ما استولى عليه وقيمة ما تبرع به أو استهلكه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧٥ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئا مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشترى ما أستولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » .

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ استبدلت عبارة « اذا استوفى البائع » بعبارة « اذا كان البائع قد استوفى » .

٢ ـ استبدلت كلمة « الحقوق » بكلمة « الديون » .

٣ ـ أضيف الى النص حالتان آخريان يشملهما الحكم ، وهما حالة التبرع بشىء اشتملت عليه التركة وحالة إستهلاك هذا الشىء . وقد اقتضت هذه الاضافة أن يشار الى التزام المشترى برد قيمة ما تبرع به أو استهلكه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥١٧ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الحقوق أو باع شيئا مما اشتملت عليه أو استهلكه ، وجب ان يرد للمشترى ما استولى عليه وقيمة ما استهلكه ، ما لم يكن قد اشترط عند البيع عدم الرد » .

(أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٤١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ص٢١٣) .

والسند الشرعى للنص المقترح ان البائع حين يستوفى حقا للتركة أو يبيع شيئا مما اشتملت عليه ، أو يتبرع به أو يستهلكه انمايتصرف فيما لاحق له فيه ، فيجب عليه رده الى المشترى ،ما لم يكن عندالبيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

(مادة ٤٤٨)

يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٦ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥١٨ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يرد المشترى للبائع ما يكون قد وفاه من ديون التركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره . ولا يخل بيع الوارث لحصته بما عساه ان يكون له من حقوق على التركة » .

(انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٤٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص٢١٣) .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو أن ما يوفيه البائع من ديون التركة يعتبر أداء لدين على غيره يحق له أن يستوفيه من المشترى . وما يكون البائع دائنا به للتركة يحق له كذلك ان يستوفيه من المشترى . وهذا وذاك ما لم يكن هناك اتفاق على غيره .

البيع فى مرض الموت :

(مادة ٤٤٩)

١ ـ اذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فان البيع ينفذ فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة ، داخلا فيها المبيع ذاته .

٢ ـ أما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فان البيع فيما يجاوز الثلث لا ينفذ فى حق الورثة الا اذا اجازوه اورد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

٣ ـ ويسرى على بيع المريض مرض الموت فى هذا الصدد احكام المادة ٩٩٥ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٧ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٥١٩ من التقنين الكويتى التى تنص على ان « يسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩٥٤ » .

وتقابل المادة ١/١١٠٩ من التقنين العراقى التى تنص على أن « كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص فى مرض الموت ، مقصود به التبرع أو المحاباة ، يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا الى ما بعد الموت . وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى له » .

وتقابل المادتين ١/٥٤٤ و ٥٤٥ من التقنين الاردنى :

فالمادة ١/٥٤٤ من هذا التقنين تنص على أن « بيع المريض شيئا من ماله لاحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقى الورثة بعد موت المورث » .

والمادة ٥٤٥ تنص على ما يأتى :

« ١ ـ بيع المريض من أجنبى بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

٢ ـ أما اذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشترى ثلثى قيمة المبيع والا كان للورثة فسخ البيع » .

وأحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة المقترحة مأخوذة من الفقه الاسلامى : انظر هذه الأحكام على مذهب الامام أبى حنيفة فى المواد ٣٩٣ ـ ٣٩٥ من المجلة ، والمواد ٣٥٨ ـ ٣٦١ من مرشد الحيران .

(مادة ٤٥٠)

اذا باع المريض مرض الموت بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، وكانت التركة مستغرقة بالدين ، فلا ينفذ البيع فى حق الدائنين الا اذا اجازوه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثمن الى ما يساوى قيمة المبيع .

هذه المادة مستحدثة .

فاذا باع المريض مرض الموت بثمن يقل عن ثمن المثل ، وكانت التركة مستغرقة بالدين ، فلا ينفذ البيع فى حق الدائنين ، ولو أجازه الورثة . اذ أن حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، فلا تركة الا بعد سداد الدين . فاذا أجاز الدائنون البيع أو رد المشترى الى التركة الفرق بين الثمن الذى تم به البيع وثمن المثل ، نفذ البيع فى حق الدائنين .

وهذا الحكم مجمع عليه فى مذاهب الفقه الاسلامى : أنظر هذا الحكم فى مذهب الامام أبى حنيفة فى المادة ٣٩٥ من المجلة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤٦ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « لا ينفذ بيع المريض لأجنبى بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير فى حق الدائنين اذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشترى دفع ثمن المثل والا جاز للدائنين فسخ البيع » .

(مادة ٤٥١)

١ – لا تسرى احكام المادتين السابقتين اضرارا بالغير حسن النية اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة .

٢ – وفى هذه الحالة يلتزم المشترى من المريض بأن يرد للتركة ما يفى بتكملة ثلثى قيمتها بالنسبة الى الورثة ، أو ما يفى بتكملة الثمن الى ما يساوى قيمة المبيع بالنسبة الى الدائنين ، بحسب الأحوال .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٤٧٨ من التقنين الحالى .

اما الفقرة الثانية فمستحدثة . وقد اضيفت لبيان ما يكون على المشترى أن يرده الى التركة فى حالة ما اذا كسب الغير حسن النية حقا عينيا على العين المبيعة بعوض ، حيث يجب ألا يضار هذا الغير . فاذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين ، كان على المشترى أن يرد الى التركة ما يفى بتكملة ثلثى قيمتها للمحافظة على حقوق الورثة اعمالا لحكم الوصية . واذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فلا يتعلق الأمر حينئذ بحقوق للورثة ، حيث لاتكون هناك تركة ، وانما يكون المقصود هو المحافظة على حقوق الدائنين الذين تتقدم حقوقهم على حقوق الورثة ، فيكون على المشترى أن يرد الى التركة الفرق بين الثمن الذى تم به البيع وثمن المثل .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥١٩ من التقنين الكويتى التى تطابق المادة ٤٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٥٤٧ من التقنين الأردنى .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٤٧ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى : « وفى هذه الحالة يجوز لدائنى التركة المستغرقة بالديون الرجوع على المشترى من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع وللورثة هذا الحق اذا كان المشترى احدهم ، وان كان أجنبيا وجب عليه رد ما يكمل ثلثى قيمة المبيع للتركة » .

بيع النائب لنفسه

(مادة ٤٥٢)

لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة ان يشترى لنفسه ، مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ، ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٤٨ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع ماجاء فى المادة ٥٩٢ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع ماجاء فى المادة ٦٢ من التقنين الكويتى التى تقدم ذكرها .

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامى : أنظر فى مذهب الامام أبى حنيفة المادة ١٤٩٦ من المجلة .

ويعتبر هذا الحكم تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٩٣ من المشروع التى لاتجيز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر .

(مادة ٤٥٣)

لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، ولو بطريق المزاد العلنى ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم بأسماء مستعارة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٠ من التقنين الحالى مع اضافة عبارة « ولو بطريق المزاد العلنى » .

وتطابق المادة ١/٥١٤ من التقنين الكويتى فيما عدا الاضافة المذكورة .

وتطابق المادة ٥٤٩ من التقنين الأردني فيما عدا الاضافة المذكورة .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٩٢ من التقنين العراقي .

ويعتبر الحكم الوارد في المادة المقترحة تكملة طبيعية لحكم المادة السابقة . فان كان لدى السمسار أو الخبير توكيل كان حكمه حكم الوكيل ، فلا يجوز له شراء ما وكل في بيعه . وان لم يكن لديه توكيل كان عقده تصرفا في ملك الغير بدون اذنه . وفي الحالين يكون العقد موقوفا على أجازة المالك .

(مادة ٤٥٤)

يكون العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨١ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين اذا أجازه من تم البيع لحسابه » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٥١٨ من التقنين الكويتي التي تتناول حظر الشراء على السماسرة والخبراء ، فتنص على أنه « يصح العقد في هذه الأحوال اذا اقره من تم البيع لحسابه » .

وقد رؤى الأخذ في هذا الصدد بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الاسلامي . فهذا أدق من الناحية الفنية . فعقد الشراء الذي يبرمه النائب أو السمسار أو الخبير لنفسه في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين ينعقد موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه ، فان أجازه نفذ وان لم يجزه بطل .

الفصل الثاني

المقايضة

(مادة ٤٥٥)

المقايضة عقد تنتقل بمقتضاه من كل من المتعاقدين الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨٢ من التقنين الحالي التي تنص على أن « المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين ان ينقل الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وكما سبق القول في تعريف البيع ، فانه يؤخذ على التقنين الحالي أنه يعرف المقايضة بالأثر الذي يترتب عليها ، وهو التزام كل من الطرفين بنقل الملكية . مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهي تتركز في اتجاه ارادة الطرفين الى تحقيق عملية قانونية معينة ، هي محل العقد . والعملية القانونية المقصودة من المقايضة هي انتقال ملكية مال ليس من النقود من كل من المتعاقدين الى الآخر على سبيل التبادل . حيث يرتب عقد المقايضة التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى في مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء في التعريف المقترح أن مقتضى عقد المقايضة هو انتقال ملكية مال ليس من النقود من كل من المتعاقدين الى الآخر على سبيل التبادل .

وكما تقدم في خصوص تعريف البيع ، فان المشروع يأخذ في تعريفه المقترح بالتصوير الذي يقول به الفقه الاسلامي ، وهو أن الملك ينتقل بالعقد .

(أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٣٨٢ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٥٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن « المقايضة مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٢٠ من التقنين الكويتي التي تنص على أن «المقايضة مبادلة مال بمال لا يكون أحدهما نقدا » .

والتعريف المقترح يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامي . ففي مذهب الامام أبي حنيفة تنص المادة ١٢٢ من المجلة على أن « بيع المقايضة بيع العين بالعين أي مبادله مال بمال غير النقدين » .

(مادة ٤٥٦)

اذا كان للاشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق في القيمة بمعدل من النقود .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٣ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي على النحو المذكور في المتن ، حيث تنص على أنه « اذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا » .

وتطابق المادة ٥٩٩ من التقنين العراقي فيما عدا التعديل اللفظي المشار اليه ، وهي تطابق المادة ٤٨٣ من التقنين المصري الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٢١ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا تفاوتت قيمة البدلين في تقدير المتقايضين ، جاز تعويض فرق القيمة بمعدل من النقود » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٥٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا يخرج المقايضة عن طبيعتها اضافة بعض النقود الى احدى السلعتين للتبادل » .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما اتفق عليه الفقهاء من جواز بيع عين بعين ونقد .

(مادة ٤٥٧)

تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة . ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايض به ، ومشتريا للشيء الذي قايض عليه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٢٢ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ لكل من البدلين في المقايضة حكم البيع ، فتعتبر فيها شروطه . وان وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايضين معا .

٢ ـ ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايض به ، ومشتريا للشيء الذي قايض عليه » .

وتتفق في حكمها مع المادتين ٥٥٣ و ٥٥٦ من التقنين الأردني :

فالمادة ٥٥٣ من هذا التقنين تنص على أن « يعتبر كل من المتبايعين في بيع المقايضة بائعا ومشتريا في وقت واحد » .

والمادة ٥٥٦ تنص على أن « تسري أحكام البيع المطلق على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها » .

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامي : أنظر في المذهب الحنفي المادة ٣٧٩ من المجلة .

(مادة ٤٥٨)

مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٠٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٥٢٣ من التقنين الكويتي .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن كلا من المتعاقدين في حكم المشتري للعين التي أخذها ، فتكون النفقات مناصفة بينهما .

الفصل الثالث

الهبة

(١) أركان الهبة .

(مادة ٤٥٩)

١ ـ الهبة عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر دون عوض .

٢ ـ ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ ـ الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض .

٢ ـ ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » .

وقد روعي في تعريف الهبة في الفقرة الأولى من المادة المقترحة ابراز محل العقد ، وهي العملية القانونية المقصودة من الهبة ، وذلك على نسق ما تقدم في خصوص عقد البيع ، وما يراعيه المشروع كذلك بالنسبة الى العقود الاخرى . فالعملية القانونية المقصودة من الهبة هي انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر من الواهب الى الموهوب له دون عوض ، وهي العنصر الجوهري الذي يجب أن يظهر في تعريف الهبة (أنظر النظرة العامة التي تقدم ذكرها عن العقود المسماة) .

ولا يختلف التعريف الوارد في المادة المقترحة في معناه عن التعريف الوارد في نص التقنين الحالي ، لأن التصرف في المال دون عوض يعني انتقال

ملكية شيء او حق مالي آخر دون عوض ؛ ولكن المشروع آثر الصيغة المقترحة جريا على خطته فى ابراز محل العقد .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٤٨٦ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة «يشترط» بكلمة «يفرض» .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المواد ٦٠١ / او ٦١١ و ٦١٣ من التقنين العراقى .

فالمادة ١/٦٠١ من هذا التقنين تنص على ان « الهبة هى تمليك مال لآخر بلا عوض » .

والمادة ٦١١ تنص على ان « تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط ...... » .

والمادة ٦١٣ تنص على ان « تنتقل بالهبة ملكية الموهوب الى الموهوب له » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٥٧ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - الهبة تمليك مال أو حق مالى لآخر حال حياة المالك دون عوض .

٢ - ويجوز للواهب ، مع بقاء فكرة التبرع ، ان يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ، ويعتبر هذا الالتزام عوضا » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٢٤ من التقنين الكويتى التى تنص على ان « الهبة عقد على تمليك مال فى الحال بغير عوض » .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة حكمها ماخوذ من الفقه الاسلامى على مذهب الامام ابى حنيفة ، ومذهب الامام مالك : م ٨٣٣ من المجلة، وم ٧٧ من مرشد الحيران ، وم ٣٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ، وم ٥٢٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(انظر فى المذهب الحنفى : ابن عابدين ج٤ ص٥٣٠ و٥٣١ ، ومجمع الانهر ج٢ ص٣٥٢ .

وانظر فى المذهب المالكى : الشرح الصغير وحاشيته ج٢ ص٣٤٢ و٣٤٣ ، والشرح الكبير وحاشيته ج٤ ص٨٧ و ٩٠) .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة حكمها ماخوذ من الفقه الاسلامى على مذهب الامام ابى حنيفة ، ومذهب الامام مالك : م٨٥٥ من المجلة وم ٧٧ من مرشد الحيران ، وم ٣٦٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ، وم ٥٤٦ و ٥٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(انظر فى المذهب الحنفى : ابن عابدين ج٤ ص٥٤٢ .

وانظر فى المذهب المالكى : الشرح الصغير وحاشيته ج٢ ص٣٠٥ و ٣٥٠ ، والشرح الكبير وحاشيته ج٤ ص١٠٢ و ١٠٣) .

(انظر كذلك المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٦٥٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٤٤) .

(مادة ٤٦٠)

١ - يلزم فى الهبة قبول الموهوب له أو نائبه .

٢ - فاذا كان الموهوب له جنينا ، كان قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب ممن له الولاية على ماله .

٣ - واذا كان الواهب هو ولى الموهوب له أو وصيه ، ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى:

« ١ - لاتتم الهبة الا اذا قبلها الموهوب له او نائبه .

٢ - فاذا كان الواهب هو ولى الموهوب له أو وصيه ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الموهوب » .

فالفقرة الأولى من المادة المقترحة تقابل الفقرة الاولى فى نص التقنين الحالى .

والفقرة الثالثة من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فمستحدثة . وقد قصد بايرادها حسم الخلاف القائم فيما يتعلق بجواز الهبة للجنين . فالرأى الذى يقول بعدم جوازها يستند الى ان الجنين لا يقدر على القبول وليس له ولى يقبل عنه . وقد اصبحت هذه الحجة مردودة بعد أن نص قانون الولاية على المال على جواز اقامة وصى على الحمل المستكن ، سواء كان وصيا مختارا أو معينا من قبل المحكمة (م١/٢٨ و٢ و١/٢٩) .

وهذا يتسق مع الحكم الذى يقرره قانون الوصية من أنه « اذا كان الموصى له جنينا او قاصرا أو محجوزا عليه ، يكون قبول الوصية ممن له الولاية على ماله بعد اذن ... » (م١/٢٠) .

وسيجيء أن الفقه الاسلامى فى مذهب الامام مالك يجيز الهبة للجنين .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض .

٢ - يكفى فى الهبة مجرد الايجاب اذا كان الواهب ولى الموهوب له او وصيه والشيء الموهوب فى حوزته ، وكذا لو كان الموهوب له صغيرا يقوم الواهب على تربيته » .

وتقابل المادتين ٦٠٤ و ١/٦٠٥ من التقنين العراقى .

فالمادة ٦٠٤ من هذا التقنين تنص على ان « يملك الصغير المال الذى وهبه اياه وليه او من هو فى حجره بمجرد ايجاب الواهب مادام المال فى يده أو كان وديعه او عاريه عند غيره ولا يحتاج الى القبض » .

والمادة ١/٦٠٥ تنص على انه « اذا وهب شيء لصبى غير مميز ، قام مقامه وليه أو من هو فى حجره » .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة ماخوذ من الفقه الاسلامي فى مختلف مذاهبه ، فقد نصت المادة ٨٣٧ من المجلة على أن « تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض » .

وحكم الفقرة الثانية ماخوذ من الفقه الاسلامي على مذهب الامام مالك (أحمد ابراهيم ، التزامات التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص/٦٢) .

وحكم الفقرة الثالثة مستمد من الفقه الاسلامي فى مختلف مذاهبه . فقد نصت المادة ١/٨٤ من مرشد الحيران على أنه « اذا وهب شخص هبة لمن ليس أهلا للقبول جاز لوليه او وصيه او من هو فى حجرةان يقبل الهبة ويقبضها عنه » . انظر كذلك مادة ٨٥١ من المجلة ، ومادة ٣٥٨ من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الامام أبى حنيفة .

(مادة ٤٦١)

١ - يلزم لانعقاد الهبة ، فوق الايجاب والقبول ، أن تكون بورقة رسمية ، والا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

٢ - ومع ذلك يجوز فى المنقول ان تنعقد الهبة بالقبض ، دون حاجة الى ورقة رسمية .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٨٨ من التقنين الحالى التى تنص على أن « تكون الهبة بورقة رسمية، والا وقعت باطلة ، مالم تتم تحت ستار عقد آخر » .

وتقابل المادتين ٦٠٢ و ٦٠٣ من التقنين العراقى .

فالمادة ٦٠٢ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا كان الموهوب عقارا ، وجب لانعقاد الهبة ان تسجل فى الدائرة المختصة » .

والمادة ٦٠٣ تنص على ما يأتى :

« ١ - لا تتم الهبة فى المنقول الا بالقبض . ويلزم فى القبض اذن الواهب صراحة أو دلالة .

٢ - واذا اذن الواهب صراحة صح القبض فى مجلس الهبة او بعده . واما اذنه بالقبض دلاله فمقيد بمجلس الهبة . وعقد الهبة اذن بالقبض دلالة » .

وتقابل المادة ٥٢٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :
« ١ - يتوقف نفاذ عقد الهبة على اى اجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفى العقد استكمال الاجراءات اللازمة .

٢ - وتتم فى المنقول بالقبض دون حاجة الى تسجيل » .

وتقابل المادة ٥٢٥ من التقنين الكويتى التى تنص على ماياتى :

« ١ - لاتنعقد الهبة الا اذا اقترنت بقبض الموهوب او وثقت فى محرر رسمى .

٢ - ويعتبر العقد قد تم ولو بقى الشىء فى يد الواهب اذا كان وليا أو وصيا أو قيما أو قائما على تربية الموهوب له » .

وفى الفقه الاسلامي عند الحنفية لاينتقل ملك الموهوب الا بالقبض، اما قبل القبض فتصح الهبة ولكنها تكون هبة غير لازمة (البدائع ج٦ص١٢٢ . الهداية على هامش فتح القدير ج٧ص١١٣ - ١١٧) .

وعند الشافعية والحنابلة ، لاتلزم الهبة ولا ينتقل الملك الا بالقبض بإذن الواهب (المهذب ج١ص٤٤٧ . المغنى ج٥ص ٥٩١ - ٥٩٣) .

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير اذن الواهب . وهذا مبنى على القول المشهور عندهم من أن الموهوب له يتملك الشىء الموهوب بمجرد العقد (أنظر مادة ٥٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ومذكرتها الايضاحية) . وبهذا الرأى أخذ المشروع .

وطبقا للنص المقترح ، وهو حكم التقنين الحالى ، يلزم لانعقاد الهبة ، فوق الايجاب والقبول ، أن تكون بورقة رسمية ، سواء فى العقار أو المنقول ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ولا تتم هبة العقار الا اذا كانت بورقة رسمية . ويجوز أن تتم هبة المنقول بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية . فكما تتم هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز ايضا أن تتم بالقبض ، وفى هذه الحالة يغنى القبض عن الورقة الرسمية . وليست هناك طريقة محددة للقبض ، فالنص مطلق ، وبذلك يصبح قبض الهبة معادلا لتسليم المبيع .

والسند الشرعى للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة .

وقد اغفل المشروع النص على ما تقضى به المادة ٤٨٩ من التقنين الحالى من انه « اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . ذلك أن الهبة عقد خطير يتجرد به الواهب عن ماله دون مقابل الأمر الذى يجعله فى أشد الحاجة الى التامل والتدبر ، وهو ما توفره له الشكلية حيث أراد الشارع أن يجعل من اجراءات الرسمية المعقدة وما يتطلبه من وقت وجهد وسيلة تتيح للواهب الوقت الكافى للتروى ، فيأمن شر الاندفاع وراء انفعالات وقتية . وبذلك يحمى الواهب نفسه ، كما يحمى ورثته . ومن الواضح أن النص المذكور الذى اغفله المشروع يتيح للواهب الهروب من الشكلية المفروضة . وذلك بأن يقوم الواهب بتنفيذ الهبة مختارا رغم عدم توفر الرسمية المطلوبة ، أو تقوم ورثته بهذا التنفيذ ، فتصح الهبة .

وليس فى اغفال النص المذكور ما يحول دون ابرام هبة صحيحة : فاذا كانت الهبة باطلة لعيب فى الشكل ، فما على الواهب او ورثته الا أن يعيد ابرام العقد من جديد ، فيستوفيا الشكل المطلوب ، وعند ذلك تتم الهبة .

(مادة ٤٦١)

الوعد بالهبة لا ينعقد الا اذا كان بورقة رسيمة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٠ من التقنين الحالى .

وما تقضى به هذه المادة ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢/٨٦ من المشروع التى تنص على أنه« اذا أشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد » .

وهى تقابل المادة ٥٦٣ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى: « على الرغم مما ورد فى المادتين ٩٢ و ٢٥٤ من هذا القانون لا تنعقد الهبة بالوعد ولا تنعقد على مال مستقبل » .

وحكمها فى التقنين العراقى تطبيق للقاعدة الواردة فى المادة ٢/٩١ من هذا التقنين .

وحكمها فى التقنين الكويتى تطبيق للقاعدة الواردة فى المادة ٦٩ من هذا التقنين .

والسند الشرعى للنص المقترح هو مصلحة المحافظة على المال ورفع النزاع .

(مادة ٤٦٣)

١ - من وهب ملك غيره بدون اذنه ، كانت هبته موقوفة على اجازة المالك ، وتسرى عليها أحكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المادة تقابل المادة ٤٩١ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا وردت الهبة على شىء معين بالذات ، غير مملوك للواهب ، سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ » .

والاحكام الواردة فى المادة المقترحة تطبيق للقاعدة العامة الوارده فى المادتين ١٢٧ و ٣/١٢٨ من المشروع . فقد نصت المادة ١٢٧ على أن « يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه » . ونصت المادة ٣/١٢٨ على أنه اذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون أذنه ، كانت اجازته للمالك .

وفى هذا التطبيق تقضى المادة المقترحة بسريان احكام بيع ملك الغير الواردة فى المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وقد رؤى ذكر الحكم الأساسى فى هذه الأحكام وهو أن تكون الهبة موقوفة على أجازة المالك ، ثم الاشارة بتطبيق أحكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٥٩ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « لا ينفذ عقد الهبة اذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب ، ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه » .

وتقابل ما جاء فى المادة ١/٦٠٩ من التقنين العراقى التى تنص على انه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ، ويلزم ان يكون معينا مملوكا للواهب » .

وتقابل المادة ٥٢٧ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « هبة مال الغير باطلة » .

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى المذهب الحنفى . حيث تنص المادة ٨٥٧ من المجلة على أنه « يلزم ان يكون الموهوب مال الواهب . وبناء عليه لو وهب احد مال غيره لاتصح . ولكن بعد الهبة لو اجازها صاحب المال يصح » . (أنظر فى هذا: البدائع ج٦ ص١١٩) .

(مادة ٤٦٤)

يشترط وجود الموهوب وقت الهبة . فتقع هبة الأموال المستقبلة باطلة .

هذه المادة تقابل المادة ٤٩٢ من التقنين الحالى التى تنص على أن « تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة » ، وقد رؤى اضافة أصل الحكم بحيث يكون بطلان هبة المال المستقبل نتيجة لهذا الأصل .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ١/٦٠٩ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة . ويلزم ان يكون معينا مملوكا للواهب » .

وتتفق فى حكمها ما جاء فى المادة ٥٦٣ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى : « على الرغم مما ورد فى المادتين ٩٢ و ٢٥٤ من هذا القانون لا تنعقد الهبة بالوعد ولا تنعقد على مال مستقبل » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى . ففى المذهب الحنفى نصت المادة ٨٥٦ من المجلة على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ... » .

(٢) آثار الهبة

(مادة ٤٦٥)

اذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشىء الموهوب فان الواهب يلتزم بتسليمه اياه ، وتسرى فى ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٣ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٥٣٠ من التقنين الكويتى التى تنص على ان « يلتزم الواهب بتسليم الموهوب الى الموهوب له ، ويتبع فى ذلك احكام تسليم المبيع » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٥٣٥ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب ، اذا لم يكن الموهوب له قد قبضه ، وتسرى فى ذلك الاحكام المتعلقة بتسليم المبيع » .

والسند الشرعى لوجوب التسليم ما يراه المالكية من أن الهبة تنعقد صحيحة لازمة للواهب ناقلة للملك بمجرد العقد ويجبر الواهب على التسليم (انظر مادة ٥٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ومذكرتها الايضاحية) .

(مادة ٤٦٦)

١ – لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الاولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما اصابه من الضرر . وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض .

٢ – واذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٤ من التقنين الحالي مع حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى التي تقول «كل هذامالم يتفق على غيره» . وذلك لعدم جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الاستحقاق (انظر مادة ٤١٣) .

وتقابل المادتين ٥٣١ و ٥٣٢ من التقنين الكويتي :

فالمادة ٥٣١ من هذا التقنين تنص على أنه « لا يضمن الواهب الا التعرض الناشيء عن فعله، كما لا يضمن استحقاق الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة مقترنة بتكليف ،وذلك ما لم يتفق على غيره أو يقضى القانون بخلافه » .

والمادة ٥٣٢ تنص على ما يأتي :

« ١ – اذا استحق الموهوب ، وكان الواهب قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا .

٢ – فان كانت الهبة مقترنة بتكليف ، فلا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق الا في حدود ما أداه الموهوب له من التكليف . ويحل الموهوب له محل الواهب فيما يكون له من حقوق ودعاوى .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ٥٦٨ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب في يد الموهوب له اذا كانت الهبة بغير عوض ، ولكنه يكون مسئولا عن كل ضرر يلحق الموهوب له من جراء هذا الاستحقاق اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق . اما اذا كانت الهبة بعوض ، فانه لا يضمن الاستحقاق الا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض ، ما لم يتفق على غير ذلك» .

وتقابل المادتين ٦١٤ و٦١٥ من التقنين العراقي :

فالمادة ٦١٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ – لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو الا اذا كانت الهبة بعوض ، وفي الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ماداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره .

٢ – واذا استحق الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى» . وهذه المادة تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين المصري .

والمادة ٦١٥ تنص على أنه « اذا أتلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له ، فلا يرجع هذا على الواهب بما ضمن الا بالقدر الذي يضمن به الواهب الاستحقاق وفقا للأحكام السابقة » .

وفي الفقه الاسلامي ، طبقا للمذهب الحنفي ، اذا استحقت الهبة . فللموهوب له الرجوع بجميع العوض الذي أداه . وان استحق نصف الهبة ، رجع بنصف العوض (انظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا) . وقد نصت المادة ٣٦٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أنه « اذا أتلفت العين الموهوبة أو استحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن الا اذا أشترط تضمينه عند الاستحقاق» وجاء في قواعد ابن رجب ص ٢٣٠ أن اليد القابضة تملكا لا بعوض للعين ثمنا فيها كالهبة لا ترجع بما ضمنته بحال ، ذكره القاضي وأبن عقيل اما ضمان الواهب عند اخفاء سبب الاستحقاق فسنده القواعد العامة في الضمان .

(مادة ٤٦٧)

١ – لا يضمن الواهب الشيء الموهوب من العيب .

٢ – على أنه اذا تعمد الواهب اخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب ، كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب .

٣ – واذا كانت الهبة بعوض ،كان الواهبملزما بالتعويض، على الا يجاوز هذا التعويض قدر ما اداه الموهوب له من عوض .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٩٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتـي :

« ١ – لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب .

٢ – على أنه اذا تعمد الواهب اخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب ، كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب . ويكون كذلك ملزما بالتعويض اذا كانت الهبة بعوض، على الا يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوبله منهذا العوض » .

وقد رؤى أفراد فقرة مستقلة ، وهي الفقرة الثالثة في المادة المقترحة ، للحالة التي تكون الهبة فيها بعوض ، لان حكم التعويض فيها عن العيب الخفي يختلف عنه في الحالتين الآخريين .

ففي حالتي تعمد الواهب اخفاء العيب ، وضمانه خلو الشيء الموهوب من العيوب ، لا يلزم بتعويض الموهوب له الا عن الضرر الذي يسببه العيب . فلا يعوض الموهوب له عن العيب ذاته ، اي عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب ، وانما يعوضه عما سببه العيب من الاضرار .

أما فى حالة ما اذا كانت الهبة بعوض فان الواهب يعوض الموهوب له عن الاضرار التى لحقت به بسبب العيب ، وكذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة ، على الا يجاوز التعويض مقدار العوض .

فاذا كانت الهبة بعوض ، وتعمد الواهب اخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشىء الموهوب من العيوب ، وجب عليه تعويض الموهوب له عن كل الخسارة التى لحقته بسبب العيب ، ولو جاوزت هذه الخسارة مقدار العوض .

والفقرتان الأولى والثانية من المادة المقترحة تتفقان فى الحكم مع المادة ٥٣٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « لا يضمن الواهب براءة الموهوب من العيب ، الا اذا اتفق على غير ذلك ، أو كان الواهب قد تعمد اخفاء العيب . وعندئذ لا يكون ملزما الا بتعويض الموهوب له عما يسببه العيب من ضرر » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٧١ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « لا يضمن الواهب العيب الخفى فى الموهوب ، ولو تعمد اخفاءه ، الا اذا كانت الهبة بعوض » .

وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة من أن الأصل فى الهبه أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية يتفق مع ما يقره الفقه الاسلامى (قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا م ٦/٢٥٨) . وجاء فى بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص ١٥٣ : « أما العقود التى يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهى العقود التى مقصود منها المعاوضة . كما أن العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا فى أنه لا تأثير للعيب فيها، كالهبات لغير الثواب . وأما ما بين هذين الصنفين من العقود ، أعنى ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة ، مثل هبة الثواب فالأظهر فى المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب . وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسدا » .

(مادة ٤٦٨)

اذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه ، فلا يكون الواهب مسئولا الا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٤٩٦ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى : « لايكون الواهب مسئولا الا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم » . وتقابل المادة ٦١٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٤٩٦ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢/٥٣٠ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه أو حصل فيه تغير أو نقص لا يكون الواهب مسئولا الا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم » .

(أنظر المذكرة الايضاحية للمواد المقابلة للمواد من ٤٩٣ الى ٤٩٦ من التقنين الحالى فى المشروع التمهيدى (م٦٧٤ – ٦٧٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٢٧١ – ٢٧٣) .

والسند الشرعى للنص المقترح هو القواعد العامة فى الضمان ، على اعتبار أن الواهب يسأل عن فعله العمد وخطئه الجسيم الذى أدى الى هلاك مال مملوك للموهوب له . واتساقا مع هذا نصت المادة ٥٣٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « لا تبطل الهبة ببيع الواهب للشىء الموهوب قبل حوزه » .

(مادة ٤٦٩)

يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦١٨ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٥٧٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « على الموهوب له أداء ما اشترطه الواهب من عوض سواء أكان هذا العوض للواهب أم للغير » .

وتقابل المادة ٥٣٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يلتزم الموهوب له بالقيام بما يفرضه عليه العقد من تكليف ، سواء كان هذا التكليف مشروطا لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير » .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامى . ففى هذا الفقه يلتزم الموهوب لـه بمراعاة شرط العوض (م ٨٥٥ من المجلة ، وم ٣٦٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، وم ٥٣٨ فقرة ١ و ٢ و ٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ، وم ٥٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك . أنظر ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٢ ، والشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٥٠ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ١٠٢ و ١٠٣) .

(أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٦٧٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٧٩) .

(مادة ٤٧٠)

١ – اذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزما الا بوفاء الديون التى يحددها العقد .

٢ – واذا كان الشيء الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب ، أو فى ذمة شخص آخر ، فان الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٤٩٩ من التقنين الحالى التى تنص على مايأتى : « اذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزما الا بوفاء الديون التى كانت موجودة وقت الهبة ، هذا مالم يتفق على غيره » .

وقد رؤى تعديل هذا النص على نحو يكون الموهوب له فيه على بينه من الديون التى يلتزم بالوفاء بها .

وقد استرشد المشروع فى هذا التعديل بما نصت عليه المادة ٨٨١ من مجلة الأحكام الشرعية فى الفقه الحنبلى من أنه « اذا شرط فى الهبة عوض معلوم صار بيعا فتجرى فيها أحكامه ، واذا كان العوض مجهولا فهو بيع فاسد » .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ من التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦١٩ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٤٩٩ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادتين ٥٧٣ ، ٥٧٤ من التقنين الأردنى اللتين تطابقان المادة ٤٩٩ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٣٦ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذاكانت الهبة مقترنة بتكليف الموهوب له الوفاء بديون الواهب ، فانه لا يكون ملزما الا بوفاء الديون التى كانت موجودة وقت الهبة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الاسلامى على اعتبار أن العوض فى الهبة ، وهو وفاء الديون ، معلوم على نحو كاف .

(٣) الرجوع فى الهبة

(مادة ٤٧١)

١ – يجوز للواهب ان يرجع فى الهبة اذا قبل الموهوب له ذلك .

٢ – فاذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها ، متى كان يستند فى ذلك الى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٠ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « فسخ الهبة والرجوع فيها » بعبارة « الترخيص له فى الرجوع » ، وذلك للايضاح ، اذ أن الرجوع فى الهبة بالتقاضى هو فسخ قضائى لها .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٠ من التقنين العراقى التى تنص على أن « للواهب أن يرجع فى الهبة برضاء الموهوب له فان لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .

وتقابل المادة ٥٧٦ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – للواهب أن يرجع فى الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .

٢ – وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له ، فان لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند الى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع » .

وتقابل المادة ٥٣٧ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – لا يجوز للواهب الرجوع فى هبته ، الا الأبوين فيما وهباه لولدهما .

٢ – ومع ذلك يجوز فى غير هذه الحالة الرجوع فى الهبة بترخيص من القضاء اذا استند الواهب فى ذلك الى عذر مقبول » .

ولم تتفق مذاهب الفقه الاسلامى فى جواز الرجوع فى الهبة :

فالمالكية والشافعية والحنابلة لا يجيزون الرجوع فى الهبة الا فى حالة واحدة ، هى حالة هبة الوالد لولده . وهى ما تسمى عند المالكية باعتصار الهبة (أنظر فى مذهب مالك : الخرشى ج٧ ص١١٣–١١٥) .

أما عند الحنفية ، فالموهوب له يملك الموهوب ملكا غير لازم ، فيجوز للواهب الرجوع فى هبته ، على ألا يتعارض مع حقه فى الرجوع حق آخر ، أى على ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه (أنظر : السرخسى ج ١٢ ص ٥٣ و ٥٤ . البدائع ج ٦ ص ١١٨ . أحمد ابراهيم ، التزام التبرعات فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ص٥٢ . عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ج٥ فقرة ١٢٥) .

والمشروع يسير فى نصوصه على المذهب الحنفى ، كما فعل التقنين الحالى (انظر م ٨٦٤ من المجلة و م ٥١٥ و ١/٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا و م ٣٦٢ و ٣٦٥ و ٣٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة) ٠

وانظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٣ و ٦٨٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٠ - ٢٩٢) ٠

(مادة ٤٧٢)

يعتبر على الاخص عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة :

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو زوجه، أو نحو احد اقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا من جانبه ٠

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، او ان يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير ٠

(ج) أن يرزق الواهب الذى ليس لهولد وقت الهبة ولدابعدها،ولو كان جنينا وقت الهبة متى كان الواهب يجهل ذلك ، أو ان تظهر بعد الهبة حياة ولده الذىكان يظن وقت الهبة انه ميت، على ان يظل الولد فى الحالين حيا الى وقت الرجوع ٠

(د) أن يخل الموهوب له بما اشترط عليه فى العقد من التزامات دون عذر مقبول ٠

هذه المادة تقابل المادة ٥٠١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة :

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا ٠

(ب) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة **بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، او ان يصبح غير قادر على** الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(ج) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فاذا به حى ٠

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتيه :

١ - أضيف الزوج ، وهو يشمل الزوج والزوجة ، الى الأشخاص المذكورين فى البند الأول ، اذ ان رابطة الزوجية لاتقل عن الرابطة باقرب قريب ٠

٢ - عدلت صياغة البند الثالث على نحو تتضح منه حقيقة الحكم المقصود من النص ٠ فالمفروض فى العذر الا يكون للواهب ولد وقت الهبة ، ذكر أو أنثى ، ثم يرزق بولد بعدها ٠ ويتوفر العذر اذا كان الولد ما يزال جنينا ويجهل الواهب ذلك ٠ وفى جميع الأحوال يجب أن يظل الولد حيا الى وقت الرجوع ٠

٣ - أضيفت الى المادة بند رابع يقضى بأن يعتبر عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة اخلال الموهوب له بالتزام يفرضه العقد عوضا عن الهبة ٠ ويعتبر طلب فسخ الهبة فى هذه الحالة تطبيقا للقواعد العامة ٠

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢١ من التقنين العراقى :

فالبند الأولمنها ينص على ما يأتى : «أن يخل الموهوبله اخلالا خطيرا بما يجب عليه نحو الواهب ، بحيث يكون هذا الاخلال من جانبه جحودا غليظا » ٠

والبندان الثانى والثالث منها يطابقان البندين الثانى والثالث من المادة ٥٠١ من التقنين المصرى الحالى ٠

والبند الرابع منها يطابق البند الرابع من النص المقترح ٠

وتقابل المادة ٥٧٧ من التقنين الاردنى :

فالبند الأول منها يطابق البند الثانى من النص المقترح ٠

والبند الثانى منها يطابق البند الثالث من المادة ٥٠١ من التقنين المصرى الحالى ٠

والبند الثالث منها ينص على ما يأتى : « اخلال الموهوب بالتزاماته المشروطة فى العقد دون مبرر ، أو اخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد اقاربه بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا من جانبه » ٠

وتقابل المادة ٥٣٨ من التقنين الكويتى ٠

فالبند الأول منها ينص على مايأتى : « أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب اخلالا يعتبر جحودا كبيرا من جانبه ٠

والبند الثانى منها يطابق البند الثانى من المادة المقترحة ٠

والبند الثالث منها ينص على ما يأتى : « أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع » ٠

والظاهر فى المذهب الحنفى أن الواهب هو الذى يستقل بتقدير العذر فى الرجوع فى الهبة دون رقابة عليه · فيكفى فى ذلك أن يرفع الواهب الأمر الى القضاء ، اذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع ، حتى يجيبه القضاء الى طلبه (أنظر المبسوط للسرخسى ج ١٢ ص ٥٣ و ٥٤ · البدائع ج ٦ ص ١٢٨ · احمد ابراهيم فى التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ص٥٢) · ولكن المشروع ، كما فعل التقنين الحالى ، قيد من هذا الاطلاق ، فاوجب للرجوع فى الهبةعذرامقبولا، وجعل القضاء رقيبا على الواهب فى ذلك ، فقد يجيبه الى طلبه وقد يرفض هذا الطلب · والاعذار المذكورة فى المادة المقترحة لم ترد على سبيل الحصر ، وانما خصت بالذكر لأنها الأعذار الغالبة التى تبرر الرجوع فى الهبة · فقد تقوم أعذار أخرى غيرها ·

واشتراط عذر مقبول للرجوع فى الهبة يتفق مع الغرض المقصود من الهبة ويتسق مع القواعد العامة فى الفقه الاسلامى · وقد رأينا أن المالكية والشافعية والحنابلة ، على خلاف الحنفية ، لا يجيزون الرجوع فى الهبة الا فى حالة واحدة هى حالة هبة الوالد لولده · وقد استرشد المشروع فى تقييد حق الواهب فى الرجوع برأيهم ·

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٠ — ٢٩٢) ·

(مادة ٤٧٣)

اذا قتل الموهوب له الواهب عمدا بغير حق،كان لورثته طلبفسخ الهبـة ·

هذه المادة مستحدثه ·

وحكمها أستثناء من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب · ويبرره جحود الموهوب له · ومن ثم فانه يتفق مع القواعد العامة · ذلك أنه اذا جاز الرجوع فى الهبة لمجرد شروع الموهوب له فى قتل الواهب، فاولى أن يجوز الرجوع اذا تمت الجريمة · كما يصح القياس على الميراث ، فالقاتل لايرث المقتول ، تطبيقا للاصل الشرعى القائل : « من إستعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه » · فقد يتعجل الموهوب لهقتل الواهب حتى يأمن الرجوع فى الهبة لعذر من الأعذار ·

وهى تطابق المادة ٦٢٢ من التقنين العراقى ·

وتطابق المادة ٥٧٨ من التقنين الأردنى ·

وتطابق المـادة ٥٤٠ من التقنين الكويتى ·

(مادة ٤٧٤)

يعتبر مانعا من الرجوع فى الهبة ما يأتى :

(أ) اذا زاد الشىء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فاذا زال المـانع عاد حق الرجوع ·

(ب) اذا مات أحد طرفى عقد الهبة · ومع ذلك لايعتبر موت الواهب مانعا من الرجوع فى الحالتين المنصوص عليهما فى البند « ج » من المادة ٤٧٢ ·

(ج) اذا تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب تصرفا ناقلا للملكية نهائيا ، فاذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب ان يرجع فى الباقى ·

(د) اذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة ·

(ه) اذا كانت الهبة لذى رحم محرم ، وذلك مالم تتحقق احدى الحالتين المنصوص عليهما فى البند (ج) من المـادة ٤٧٢ أو كلاهما ·

(و) اذا هلك الشىء الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بسبب أجنبى أو بفعل الموهوب له أو باستعماله اياه ، فاذا لم يهلك الا بعض الشىء الموهوب جاز الرجوع فى الباقى . وكذلك اذا تغير الشىء الموهوب من حالة الى حالة حتى تزول صورته الأولى ·

(ز) اذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة ·

(ح) اذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر ·

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يرفض طلب الرجوع فى الهبة اذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(أ) اذا حصل للشىء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فاذا زال المانع عاد حق الرجوع ·

(ب) اذا مات أحد طرفى عقد الهبة ·

(ج) اذا تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب تصرفا نهائيا ، فاذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع فى الباقى ·

(د) اذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية ·

(ه) اذا كانت الهبة لذى رحم محرم ·

(و) اذا هلك الشىء الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء أكان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبى لايد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فاذا لم يهلك الا بعض الشىء جاز الرجوع فى الباقى ·

(ز) اذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة ·

(ح) اذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر » ·

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – عدل البند (أ) تعديلا لفظيا .

٢ – أضيف الى البند (ب) استثناء من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب. وذلك اذا رزق الواهب الذى ليس له ولد وقت الهبة ولدا بعدها ولو كان جنينا يجهل الواهب وجوده ، أو ظهرت بعد الهبة حياة ولده الذى كان يظن وقت الهبة أنه ميت ، وهما الحالتان المذكورتان فى البند (ج) من المادة ٤٧٢ .

٣ – عدل البند « ج » تعديلا لفظيا يتضح منه أن التصرف المقصود هو التصرف الناقل للملكية .

٤ – عدل البند « د » تعديلا لفظيا .

٥ – أضيف الى البند « هـ » استثناء من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها اذا كانت لذى رحم محرم . وذلك فى الحالتين المذكورتين فى البند «ج» من المادة ٤٧٢ ، واللتين تم استثناؤهما كذلك فى البند «ب» من أن الهبة لايجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب .

٦ – أضيف الى البند « و » حالة ما اذا تغير الشىء الموهوب من حالة الى حالة ، لأنها تلتحق بهلاك الشىء الموهوب ، كأن تصاغ قطعة من الذهب حلية ، أو يعجن الدقيق خبزا .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٦٢٣ من التقنين العراقى ، وهى تتفق فى أحكامها مع المادة ٥٠٢ من التقنين المصرى الحالى ، وتزيد مانعا هو أن يهب الدائن الدين للمدين ، فلا يستطيع الواهب أن يرجع فى الهبة .

وتقابلها المادة ٥٧٩ من التقنين الأردنى، وهى تحصى الموانع ذاتها مع الاختلاف فى مدى البعض منها ، وتزيد مانعا هو أن يهب الدائن الدين للمدين فلا يستطيع الواهب أن يرجع فى الهبة .

وتقابلها المادة ٥٣٩ من التقنين الكويتى .

والموانع المذكورة فى المادة المقترحة مأخوذة جميعها من الفقه الاسلامى على مذهب الامام أبى حنيفه ، كما فعل التقنين الحالى . أنظر فى هذا : المواد ٨٦٦ – ٨٧٤ من المجلة ، والمواد ٥١٥ – ٥٢٣ و ٥٢٦ و ٥٢٩ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ، والمواد ٣٦٣ – ٣٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه ومذكراتها الايضاحية ، والمذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٦) والتعديلات التى أدخلت عليه فى لجنة المراجعة ولجنة مجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٨٩ – ٢٩٤ . وأنظر المبسوط للسرخسى ج١٢ ص٥٣ و ٥٤ . البدائع ج٦ ص١٢٨ . فتح القدير ج ٧ ص ١٢٢ . أحمد ابراهيم فى التزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ٥٢ – ٦٣ .

(مادة ٤٧٥)

١ – يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، وذلك دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية بعوض من حقوق .

٢ – ولا يرد الموهوب له الثمار الا من وقت الاتفاق على الرجوع ، أو من وقت رفع الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشىء الموهوب .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٣ من التقنين الحالى ، فيما عدا العبارة الأخيرة فى الفقرة الأولى التى جاء فيها : « وذلك دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية بعوض من حقوق » . وقد وردت هذه العبارة فى نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٧) ، ولكن النص النهائى للمادة سقطت منه العبارة التى كانت تتضمنها الفقرة الأولى ، دون أن يظهر من الأعمال التحضيرية كيف حذفت هذه العبارة . وهى على كل حال تطبيق للقواعد العامة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢٤ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا رجع الواهب فى هبته بالتراضى ، أو التقاضى ، كان رجوعه ابطالا لأثر العقد من حين الرجوع واعادة لملكه .

٢ – ولا يرد الموهوب له الثمرات الا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية . أما المصروفات النافعة ، فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الموهوب » .

وتقابل المادة ٥٨٠ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يعتبر الرجوع عن الهبة رضاء أو قضاء ابطالا لأثر العقد .

٢ – ولايرد الموهوب له الثمار الا من تاريخ الرجوع رضاء أو تاريخ الحكم . وله أن يسترد النفقات الضرورية ، أما النفقات الأخرى فلا يسترد منها الا مازاد فى قيمة الموهوب » .

وتقابل المادة ٥٤١ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « يترتب على الرجوع اعادة الموهوب الى ملك الواهب من حين تمامه ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٧ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٣٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أنه « اذا تم الرجوع فى عقد الهبة برضى أو قضاء ، كان فسخا للعقد » .

ونصت المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أنه « لايصح الرجوع فى الهبة الا بتراضى العاقدين أو بحكم الحاكم فاذا رجع الواهب باحدهما ، كان رجوعه ابطالا لأثر العقد فى المستقبل واعادة لملكه . . . » .

(مادة ٤٧٦)

١ – اذا استولى الواهب على الشىء الموهوب بغير التراضى أو التقاضى، كان مسئولا قبل الموهوب له عن هلاك الشىء، سواء كان الهلاك بسبب أجنبى أو بفعل الواهب أو باستعماله اياه .

٢ – أما اذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشىء فى يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولا عن هذا الهلاك ، ولو كان الهلاك بسبب أجنبى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٤ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى فى الفقرة الأولى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٥ من التقنين العراقى التى تنص على انه « اذا اخذ الواهب الموهوب قبل الرضاء أو القضاء كان غاصبا ، فلو هلك الموهوب أو استهلك ضمن قيمته للموهوب له . أما اذا طلبه بعد القضاء ومنعه الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فهلك فى يده ، ضمنه » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« اذا استعاد الواهب الشىء الموهوب بغير رضاء أو قضاء ، كان مسئولا عن هلاكه مهما كان سببه .

٢ – أما اذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشىء فى يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فان الموهوب له يكون مسئولا عن الهلاك مهما كان سببه » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٧ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على ما يأتى : « . . . فلو اخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضاء ، فهلكت أو استهلكت ، ضمن قيمتها للموهوب له ، واذا طلبها بعد القضاء ، ومنعها الموهوب له ، فهلكت فى يده ، ضمنها » .

انظر كذلك : م ٦٨٥ من المجلة .

الفصل الرابع
الشركة

الفـــرع الأول

الشركة بوجه عـــام

(مادة ٤٧٧)

الشركة عقد يساهم بمقتضاه شخصان أو أكثر فى مشروع مال، بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٥ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة » .

وقد روعى فى تعريف الشركة فى المادة المقترحة ابراز محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة من العقد ، وذلك على نسق ما يراعيه المشروع بالنسبة الى جميع العقود . والعملية القانونية المقصودة من الشركة هى المساهمة فى مشروع مالى واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ، وهى العنصر الجوهرى الذى يجب أن يظهر فى تعريف الشركة . ولهذا تحاشى المشروع أن يجعل من محل عقد الشركة بهذا المعنى مجرد التزام يقع على عاتق الشريك كما فعل التقنين الحالى ، لأن الالتزام أثر للعقد وليس محلاله .

وقد جاء تعريف الفقه الاسلامى للشركة منصبا على محل العقد .

فقد نصت المادة ١٣٢٩ من المجلة على أن « شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فاكثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهم » .

(أنظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٨٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٠٢ و٣٠٣) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢٦ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٠٥ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٨٢ من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة ٥٠٥ من التقنين المصري الحالي .

(مادة ٤٧٨)

١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر المنصوص عليها في المادة التالية .

٢ - ومع ذلك فللغير اذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون .

٢ - ومع ذلك للغير اذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة باستبدال عبارة «اجراءات النشر المنصوص عليها في المادة التالية» بعبارة «اجراءات النشر التي يقررها القانون» . اذ أن التقنين الحالي لم يرد فيه بيان لهذه الاجراءات فرؤى استحداث المادة التالية لهذا الغرض .

انظر النص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٦٩٠) ومذكرته الايضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٠٤-٣٠٧ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن الفقه الاسلامي يعتد بالشخصية الاعتبارية ويرتب عليها أحكاما في حالات عديدة كالوقف وبيت المال . كما أن المادة ١٣٥٠ من المجلة يتضح منها ملكية الشركة لرأس المال ، حيث تنص على ما يأتي : « الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر ، فمال الشركة في يد كل واحد منهما هو في حكم الوديعة ، فاذا تلف مال الشركة في يد واحد منهما بلا تعد ولاتقصير فلا يكون ضامنا حصة شريكه » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٢٧ من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي (م ٦٩٠) .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨٣ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تعتبر الشركة شخصا حكميا بمجرد تكوينها .

٢ - ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات التسجيل والنشر التي يقررها القانون .

٣ - ولكن للغير أن يتمسك بهذه الشخصية رغم عدم استيفاء الاجراءات المشار اليها » .

(مادة ٤٧٩)

١ - على كاتب المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن الشركة أن يسجل عقد الشركة بناء على طلب الشريك المنتدب للادارة أو غيره من الشركاء ، وذلك في سجل خاص يرتب بحسب أسماء الشركات .

٢ - وعلى كاتب المحكمة كذلك أن يرسل الى قلم كتاب محكمة القاهرة صورة من عقد الشركة لاثباتها في سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل .

٣ - واذا ادخلت تعديلات على عقد الشركة ، وجب تسجيلها على الوجه المبين في الفقرتين السابقتين ، فيؤشر بها في هامش التسجيل الأصلي .

هذه المادة مستحدثة .

والغرض منها سد النقص الموجود في التقنين الحالي فيما يتعلق بنشر الشركة المدنية ، حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير باعتبارها شخصا قانونيا .

والسند الشرعي لهذه المادة ما تقتضيه المصلحة من رسم الاجراءات اللازمة لاستقامة التعامل وحفظ الحقوق ورفع النزاع .

ويلاحظ أن قيام كاتب المحكمة بتسجيل عقد الشركة انما يكون بناء على طلب الشريك المنتدب لادارة الشركة أو أي شريك آخر . فقد لايكون للشركة مدير منتدب ، وقد يكون لها مدير منتدب ولكنه لم يتقدم بطلب تسجيل عقد الشركة ، وفي هذه الحالة أو تلك يستطيع أي شريك أن يتقدم بطلب تسجيل عقد الشركة .

كما يلاحظ أن أي تعديل يطرأ على عقد الشركة ، كتعديل اسم الشركة أو مدتها أو مركزها أو هيئة الادارة فيها ، يجب استيفاء اجراءات النشر بالنسبة اليه كما هو الشأن بالنسبة الى عقد الشركة ، حيث يؤشر بهذه التعديلات في هامش تسجيل العقد .

وبدون استيفاء اجراءات النشر على الوجه المبين في المادة المقترحة لا يجوز الاحتجاج على الغير بعقد الشركة وما ادخل عليه من تعديلات . وهذا جزاء اقتصر فيه المشروع على القواعد العامة .

(مادة ٤٨٠)

اذا تغير موطن الشركة ، وجب أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها الموطن السابق ، وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن أن يرسل صورة من عقد الشركة والتعديلات المؤشر بها فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها تكملة طبيعية لحكم المادة السابقة . اذ أن تغير موطن الشركة من قبيل التعديلات التى يمكن ادخالها على عقد الشركة ، ومن ثم يجب أن تنفذ بالنسبة اليها اجراءات النشر اللازمة .

(١) اركان الشركة

(مادة ٤٨١)

١ - يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى افرغ فيه ذلك العقد .

٢ - غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير . ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم ، الا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٢٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٤ من التقنين الاردنى .

وسندها الشرعى قوله سبحانه وتعالى : « يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » . اذا أن الكتابة فى التعامل من شأنها حماية الحقوق ورفع النزاع .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٦٩١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٠٨ - ٣١٠ .

(مادة ٤٨٢)

تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة ، وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٨ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يجوز أن تكون الحصص التى يقدمها الشركاء متفاوتة القيمة أو مختلفة فى طبيعتها ، وأن تكون ملكية أموال أو مجرد الانتفاع بهذه الأموال .

٢ - وتعتبر الحصص عند الشك متساوية فى القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به » . وهذه المادة تطابق المادة ٦٩٢ الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (انظر المذكرة الايضاحية لنص المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣١٢ - ٣١٤) .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٥٨٥/٢ والمادة ٥٨٦/١ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٥٨٥/٢ من هذا التقنين تنص على انه « يجوز أن تكون حصص الشركاء متساوية أو متفاوتة ، ولا يجوز أن يكون الدين فى ذمة الغير أو حصة فيه رأس مال للشركة » .

والمادة ٥٨٦/١ تنص على انه « يجوز أن تكون حصة الشريك فى الشركة حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ... » .

انظر فى الفقه الاسلامى المادتين ١٣٩٩ و ١٤١١ من المجلة .

(مادة ٤٨٣)

لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٩ من التقنين الحالى .

وحكمها يتفق مع القواعد العامة .

انظر المذكرة الايضاحية لنص المادة ٦٩٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣١٣ و ٣١٤ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن حصة الشريك المشار اليها ليست مالا ولا عملا . الأمر الذى يتعارض مع مفهوم الشركة .

(مادة ٤٨٤)

اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، جاز للشركة ، فوق مطالبته بالوفاء بالتزامه ، أن تطالبه بالتعويض عما لحقها من ضرر بسبب تأخره فى هذا الوفاء .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٠ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود ، ولم

يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء » .

وقد عدل هذا النص بحذف مايتعلق فيه بالفوائد جريا على خطة المشروع في تحريمها . ولكن اذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود ولم يقدمه في الوقت المقرر ، فانه يجوز للشركة ، فوق مطالبته بالوفاء بالتزامه ، أن تطالبه بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر بسبب تأخره في هذا الوفاء . وذلك تطبيقا للقاعدة الواردة في المادة ٢٣٦ من المشروع التي تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير » .

وقد نص التقنين الكويتي في المادة ٣٠٦ منه على قاعدة تتفق في الجملة مع القاعدة التي أوردها المشروع في المادة ٢٣٦ المذكورة . وقد سبق ذكر النص الكويتي تحت المادة ٢٣٦ من المشروع .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٣٠ من التقنين العراقي التي تتفق في حكمها مع المادة ٥١٠ من التقنين المصري الحالي .

والهدف من المادة المقترحة هو حماية الثقة التي يجب أن تسود التعامل . ولا تأبى الشريعة الاسلامية التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن ، وهو الشركة فيما نحن بصدده ، في الحالة التي تتناولها هذه المادة .

(مادة ٤٨٥)

١ - اذا كانت حصة الشريك حق ملكية او حق منفعة او اى حق عيني آخر ، فان أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة اذا هلكت ، أو استحقت ، أو ظهر فيها عيب أو نقص .

٢ - اما اذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال ، فان أحكام الايجار هي التي تسري في كل ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٣١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٥٨٦/١و٢ من التقنين الأردني .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م٦٩٤) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣١٩ - ٣٢١ .

وأنظر في الفقه الاسلامي م ١٣٤٢ من المجلة .

(مادة ٤٨٦)

١ - اذا تعهد الشريك بان يقدم حصته في الشركة عملا ، وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها ، وان يقدم حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذي قدمه حصة له .

٢ - على أنه لايكون ملزما بان يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع ، الا اذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٣٢ من التقنين العراقي .

وتقابل الفقرة الثالثة من المادة ٥٨٦ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذا كانت الحصة عملا ، وجب على الشريك أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها في العقد » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م٦٩٥) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٢٢ و٣٢٣ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامي في هذا الصدد أنظر في هذا : م١٣٤٥ - ١٣٤٧ و ١٣٥٩ و ١٣٩٦ من المجلة .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ماجاء في قوله سبحانه وتعالى : (ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ، أو قوله عليه الصلاة والسلام : (المسلمون عند شروطهم » . اذ أن من شرط على نفسه عملا في الشركة وجب عليه أداؤه على الوجه المتفق عليه .

(مادة ٤٨٧)

اذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون له في ذمة الغير ، فلا ينقضي التزامه للشركة الا اذا استوفيت هذه الديون ، ويكون الشريك فوق ذلك مسئولا عن تعويض الضرر اذا لم توف الديون عند حلول اجلها .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٣٣ من التقنين العراقي .

وتقابل ماتنص عليه المادة ٥٨٥/٢ من التقنين الأردني من أنه «لايجوز أن يكون الدين في ذمة الغير أو حصة فيه رأس مال الشركة» .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م٦٩٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٢٥ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة مانصت عليه المادة ١٤٠٩ من المجلة من أنه « اذا قال رب المال فى المضاربة للمضارب أقبض الدين الذى لى فى ذمة فلان واستعمله على طريق المضاربة وقبل فتكون صحيحة » .

(مادة ٤٨٨)

١ ـ اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الربح ، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال .

٢ ـ أما نصيب كل من الشركاء فى الخسارة ، فيتعين أن يكون بنسبة حصته فى رأس المال . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

٣ ـ واذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل . أما نصيبه فى الخسارة فهو عمله . واذا قدم فوق عمله نقودا أو أى شىء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٤ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال .

٢ ـ فاذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضا ، وكذلك الحال اذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة .

٣ ـ واذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل، فاذا قدم فوق عمله نقودا أو أى شىء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ استبدلت الفقرة الأولى من المادة المقترحة بالفقرة الأولى من نص التقنين الحالى . حيث أنه فى حالة عدم الاتفاق على نصيب كل من الشركاء فى الربح ، يكون نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال . ويجوز الاتفاق على غير ذلك . اذ أن هذا الجواز انما يقتصر على التعديل فى نسبة الربح على خلاف ماتقضى به القاعدة .

٢ ـ أوجبت الفقرة الثانية من المادة المقترحة أن يكون نصيب كل من الشركاء فى الخسارة بنسبة حصته فى رأس المال ، بحيث لايجوز الاتفاق على خلاف ذلك .

٣ ـ عدلت الفقرة الثالثة من نص التقنين الحالى بما يفيد أنه فى حالة ما اذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله،يكون نصيبه فى الخسارة هو عمله .

والسند الشرعى لهذه التعديلات ماياتى :

١ ـ ففيما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة المقترحة ، نصت المادة ١٣٧١ من المجلة على أنه «اذا تساوى الشريكان فى رأس المال وشرطا من الربح حصة زائدة لأحدهما فالشركة صحيحة » . كما نصت المادة ١٣٧٢ من المجلة على أنه « اذا شرط تقسيم الربح على التساوى بين الشريكين اللذين رأسمالهما متفاضل فيكون شرط أخذ حصة الزيادة من الربح صحيحا » .

٢ ـ وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة المقترحة،نصت المادة ١٣٦٩ من المجلة على أن «الضرر والخسار الواقع بلا تعدولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار رأس المال ، واذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر » .

٣ ـ وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة المقترحة، نصت المادة ١٤٢٨ من المجلة على ماياتى :

« على كل حال يكون الضرر والخسار عائدا الى رب المال ، واذا شرط كونه مشتركا بينه وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٣٤ من التقنين العراقى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥١٤ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٨٧ من التقنين الأردنى .

(مادة ٤٨٩)

اذا اتفق على أن أحد الشركاء لايساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٥ من التقنين الحالى التى تنص على ماياتى :

« ١ ـ اذا اتفق على أن أحد الشركاء لايساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا .

٢ ـ ويجوز الاتفاق على اعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر ، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر على عمله » .

وقد رؤى حذف الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى اتساقا مع ماتقرر فى المادة السابقة من أنه اذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، كان نصيبه فى الخسارة هو عملة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو أن اشتراط عدم مساهمة أحد الشركاء فى أرباح الشركة أو فى خسائرها شرط ينافى مقتضى العقد .

وقد نصت المادة ١٣٦٩ من المجلة على أن « الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار راس المال ، واذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٩٠ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ٥١٥ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٦٣٥ من التقنين العراقي .

(٢) ادارة الشركة

(مادة ٤٩٠)

١ – للشريك المنتدب للادارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم ، بالرغم من معارضة سائر الشركاء ، بأعمال الادارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة ، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش . ولايجوز عزل هذا الشريك من الادارة دون مسوغ ، مادامت الشركة باقية .

٢ – واذا كان انتداب الشريك للادارة لاحقا لعقد الشركة ، جاز الرجوع فيه كما يجوز في التوكيل العادي .

٣ – أما المديرون من غير الشركاء ، فهم دائما قابلون للعزل .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٣٦ من التقنين العراقي .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ٥٩٢ / ١و٣ من التقنين الأردني التي تنص على ماياتي :

« ١ – اذا اتفق في عقد الشركة على انابة أحد الشركاء في تمثيل الشركة وادارة أعمالها تثبت له وحده ولاية التصرف في كل ماتناولته الانابة وما يتصل بها من توابع ضرورية .

٣ – ولا يجوز عزل من اتفق على انابته في عقد الشركة ولا تقييد تلك الانابة دون مسوغ مادامت الشركة قائمة » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٦٩٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٣٧ – ٣٣٩ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٨٢ و ١٤١٦ من المجلة . فقد نصت المادة ١٣٨٢ على أنه « اذا فوض أحد الشريكين أمور الشركة الى رأى الآخر فله أن يعمل كل شيء من توابع التجارة ، لكن لا يجوز له اتلاف المال ولا التمليك بغير عوض» . اذ أن هذا التفويض انما يكون في عقد الشركة .

(مادة ٤٩١)

١ – اذا تعدد الشركاء المنتدبون للادارة دون أن يعين اختصاص كل منهم ، ودون أن ينص على عدم جواز انفراد أي منهم بالادارة ، كان لكل منهم أن يقوم منفردا بأي عمل من أعمال الادارة ، على أن يكون لكل من باقي الشركاء المنتدبين أن يعترض على العمل قبل تمامه ، وعلى أن يكون من حق أغلبية الشركاء المنتدبين رفض هذا الاعتراض ، فاذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعا .

٢ – أما اذا اتفق على أن تكون قرارات الشركاء المنتدبين بالاجماع أو بالأغلبية ، فلا يجوز الخروج على ذلك ، الا أن يكون لأمر عاجل تترتب على تفويته خسارة جسيمة لاتستطيع الشركة تعويضها .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٧ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٧ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٩٢/٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذا كانت الانابة لأكثر من شريك ، ولم يؤذن لهم بالانفراد ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين الا فيما لايحتاج فيه الى تبادل الرأى أو في أمر عاجل يترتب على تفويته ضرر للشركة » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٠٠) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٤١–٣٤٣ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو أن من يندب لادارة الشركة يكون بمثابة وكيل .

(مادة ٤٩٢)

اذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية ، تعين الأخذ بالأغلبية العددية ، مالم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٨ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٨ من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٠١) .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٠١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٤٤ .

(مادة ٤٩٣)

ليس للشركاء من غير المديرين حق الادارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها . وكل اتفاق يخالف ذلك فهو باطل .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥١٩ من التقنين الحالي التي تنص على أن «الشركاء غير المديرين ممنوعون من الادارة ، ولكن يجوز لهم أن

يطلعوا بانفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة المقترحة .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٩ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٦ من التقنين الأردني .

إنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التميدى للتقنين الحالي (م ٧٠٢) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٤٦ .
وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٧٥ من المجله .

(مادة ٤٩٤)

اذا لم يوجد نص خاص على طريقه الادارة ، اعتبر كل شريك مفوضا من الاخرين في ادارة الشركه ، وكان له أن يباشر أعمال الشركة دون الرجوع الى غيره من الشركاء ، على ان يكون لهؤلاء او لاى منهم حق الاعتراض على اى عمل قبل تمامه ، ولاغلبيه الشركاء الحق في رفض هذا الاعتراض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٤٠ من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م٧٠٣) .

وتقابل المادة ٢/٥٩٣ و ٣ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

٢ ـ للمدير أن يتصرف في حدود أغراض الشركة التي نيطت بـه على أن يتقيد في ذلك بنصوص العقد ، فان لم تكن فيما جرى به العرف التجاري .

٣ ـ اذا خرج المدير عن نطاق اختصاصه ضمن كل ضرر يلحق بالشركة من جراء تصرفه » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي الحالي (م ٧٠٣) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ ص٣٤٨ ـ ٣٥٠ .

وانظر في الفقة الاسلامي : م ١٣٧٣ و ١٣٧٩ و ١٣٨٦ و ١٣٨٩ من المجلة .

(٣) آثار الشركة

(مادة ٤٩٥)

١ ـ على الشريك ان يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركـة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، الا اذا كان منتدبا للادارة باجر فلا يجوز ان ينزل في ذلك عن عناية الرجل العادي .

٢ ـ وعليه ان يمتنع عن اى نشاط يلحق الضرر بالشركة ، أو يكون مخالفا للغرض الذي انشئت لتحقيقه .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢١ من التقنين الحالي ، مع تغيير وضع كل من الفقرتين ، بحيث اصبحت الفقرة الاولى في نص هذا التقنين هي الفقرة الثانية في المادة المقترحة ، لان الحكم الذي تنص عليه هذه الفقرة الثانية يعتبر نتيجة لحكم الفقرة الاولى اذ ان واجب الشريك في أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة مايبذله في تدبير مصالحه الخاصة يترتب عليه ان يمتنع الشريك عن اى نشاط يلحق الضرر بالشركة او يكون مخالفا للغرض الذي انشئت من اجله .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦٤١ من التقنين العراقي ، مع اختلاف وضع كل من الفقرتين .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٧ من التقنين الاردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيـــدي للتقنين الحالي (م ٧٠٤) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٥٢

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٢٥٠ من المجلة، البدائع ج٣ ص٦٨ ، المغني ج ٥ ص ٤٦ .

(مادة ٤٩٦)

١ ـ اذا أخذ الشريك او احتجز مبلغا من مال الشركة ، وجب عليه تعويض الضرر الذي يلحق بها من جراء ذلك .

٢ ـ واذا أمد الشريك الشركـة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها مصروفات نافعة عن حسن نية وتبصر ، وجب له على الشركة تعويض الضرر الذي يلحق به من جراء ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على مـا يأتـي :

« ١ ـ اذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء .

٢ ـ واذا أمد الشريك الشركة من ماله، أو أنفق في مصلحتها شيئا من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها » .

قد عدلت هذه المادة في فقرتيها بحذف العبارات التي تتحدث عن الفوائد ، واستعيض عنها في الفقرة الأولى بما يفيد التزام الشريك بتعويض الضرر الذي يلحق الشركة من جراء أخذه مبلغا من مال الشركة أو احتجازه ، وفي الفقرة الثانية بما يفيد التزام الشركة بتعويض الضرر الذي يلحق الشريك من جراء مد الشركة من ماله أو انفاقه في مصلحتها مصروفات نافعة عن حسن نية وتبصر • وذلك في ضوء الخطة التي جرى عليها المشروع في تحريمه للفوائد ، وتطبيقا للقاعدة الواردة في المادة ٢٣٦ من المشروع التي تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير» ذلك أن الشريك اذا أخذ مبلغا من مال الشركة أو احتجزه ، وجب عليه أن يدفعه فورا للشركة ، فاذا تاخر في دفعه التزم بتعويض الضرر الذي يلحق بالشركة بسبب هذا التاخير • واذا مد الشركة من ماله او انفق في مصلحتها مصروفات نافعة، وجب على الشركة أن تدفع له فورا مقدار ماقدمه لها من مال أو ماانفقه لصالحتها ، فاذا تاخرت في دفعه التزمت بتعويض الضرر الذي يلحق بالشريك بسبب هذا التاخير •

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦٤٢ من التقنين العراقي •

وتقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الاردني التي تنص على أنه « لايجوز للشريك ان يحتجز لنفسه شيئا من مال الشركة ، فان فعل كان ضامنا كل ضرر يلحق بها من جراء هذا الاحتجاز » •

أنظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٥ من المجلة، وهي تتحدث عن حق الشركة في استرداد ما أخذه الشريك من مال الشركة، وم١٣٨١و ١٤١٩ من المجلة،وهما تتحدثان عن حق الشريك في استرداد ماانفقه لمصلحة الشركة •

(مادة ٤٩٧)

اذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة • ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولة عن ديون الشركة •

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما ياتي :

١ – اذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ، ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى • ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولية عن ديون الشركة •

٢ – وفي كل حال يكون لدائني الشركة حق مطالبة الشركاء كل بقدر الحصة التي تخصصت له في أرباح الشركة » •

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

١ – حذفت من الفقرة الأولى عبارة « مالم يوجد اتفاق على نسبة أخرى »• وذلك اتساقا مع ماتقدم تقريره من أن الخسائر التي يتحملها أحد الشركاء يجب أن تكون بنسبة حصته في رأس المال•

٢ – حذفت الفقرة الثانية اتساقا مع ما تقدم تقريره من ان الخسائر التي يتحملها أحد الشركاء يجب ان تكون بنسبة حصته في رأس المال •

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٤٣ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٢٣ من التقنين المصري الحالي •

وتقابل المادة ٥٩٩ من التقنين الاردني •

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما جاء في رد المحتار : « وكل دين لزم أحدهما كان مشتركا » (ج٣ ص٥٢٣) • وما جاء في الفتاوى الهندية : « ما وجب على أحدهما فلصاحب الدين ان يؤاخذ كل واحد منهما ، لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر » •

(مادة ٤٩٨)

١ – لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك •

٢ – غير انه اذا اعسر احد الشركاء ، وزعت حصته في الدين على الباقين كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة •

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٤ من التقنين الحالي •

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٤٤ من التقنين العراقي •

وتقابل المادة ٢/٥٩٩ من التقنين الاردني التي التي تنص على انه « اذا اشترط تكافل الشركاء في عقد الشركة فانهم يتحملون الدين جميعا بالتضامن » •

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٠٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٠ و ٣٦١

وأنظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٣٤ و ١٣٣٥ و ١٣٥٦ من المجلة .

(مادة ٤٩٩)

اذا كان لاحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم اثناء الشركة ان يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك فى راس المال ، وانما لهم ان يتقاضوها مما يخصه فى الارباح . اما بعد تصفية الشركة فيكون لهم ان يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم فى اموال الشركة بعد استنزال ديونها ، ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظى على نصيب هذا المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٤٥ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٦٠٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا كان أحد الشركاء مدينا لآخر بدين شخصى فليس لدائنه ان يستوفى حقه مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال قبل تصفية الشركة . ولكن يجوز له استيفاؤه مما يخص المدين من الربح .

٢ - اما اذا كان عقد الشركة يتضمن التكافل بين الشركاء فلهذا الدائن استيفاء دينه من رأس مال الشركة بعد تصفيتها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٠٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٣ .

والسند الشرعى لهذه المادة هو ما تقرر من ان للشركة شخصية اعتبارية ، وان هذه الشخصية تنتهى فى الوقت الذى تتم فيه التصفية .

٤ - انقضاء الشركة

(مادة ٥٠٠)

١ - تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى قامت من اجله .

٢ - فاذا مد أجل الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين لها ، أو بعد انتهاء العمل الذى قامت من أجله ، كانت هناك شركة جديدة . اما اذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد ، أو قبل الانتهاء من العمل ، كان ذلك استمرارا للشركة .

٣ - واذا انقضى الميعاد المعين أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تالفت لها الشركة ، تجدد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها .

٤ - ويجوز لدائن احد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد او التجديد ، ويترتب على اعتراضه وقف اثره فى حقه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله .

٢ - فاذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة ، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها .

٣ - ويجوز لدائن احد الشركاء ان يعترض على هذا الامتداد ، ويترتب على اعتراضه وقف أثره فى حقه » .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - اضيفت فقرة جديدة ، هى الفقرة الثانية فى المادة المقترحة ، لاظهار الفارق بين امتداد الشركة وتجديدها . وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٧١١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تجرى بهذا المعنى فتقول : « اذا مد أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها كانت هناك شركة جديدة . أما اذا حصل المد قبل انقضاء المدة المحددة ، كان ذلك استمرارا للشركة الأولى » . اذ أن مد أجل الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين لها ، أو بعد انتهاء العمل الذى قامت من أجله ، يكون تجديدا صريحا للشركة . أما اذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد ، أو قبل الانتهاء من العمل ، فان هذا يكون امتدادا للشركة .

٢ - جرى اصلاح الخطأ الموجود فى الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى ، وذلك باستبدال عبارة « تجدد العقد » بعبارة « امتد العقد » ، لأن استمرار الشركاء فى القيام بعمل من نوع الأعمال التى تألفت لها الشركة بعد انقضاء الميعاد المعين أو انتهاء العمل ، يعتبر تجديدا ضمنيا للعقد .

٣ – اضيفت الى الفقرة الأخيرة عبارة « أو التجديد » ، اذ أن اعتراض أحد الشركاء يصح أن يشمل الامتداد أو التجديد .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٦/أ و ب والمادة ٦٤٧ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٠١/١ والمادة ٦٠٢ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٠/أ و ب و م ٧١١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ ص٣٦٥ – ٣٧١ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٤٠٧ و ١٤٢٢ من المجلة .

(مادة ٥٠١)

١ – تنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لاتبقى فائدة فى استمرارها .

٢ – واذا كان احد الشركاء قد تعهد بان يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشىء قبل تقديمه ، اصبحت الشركة منحلة فى حق جميع الشركاء .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٧ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٦/ج من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٠١/٢ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٠/ج و م ٧١٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٦٦ – ٣٦٩ وص ٣٧٣ و ٣٧٤ .

وأنظر فى الفقه الاسلامى : م ١٤٢٧ من المجلة .

(مادة ٥٠٢)

١ – تنتهى الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه او بافلاسه

٢ – ومع ذلك يجوز الاتفاق على انه اذا مات احد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ، ولو كانوا قصرا .

٣ – ويجوز كذلك الاتفاق على أنه اذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه او افلس أو انسحب وفقا لأحكام المادة التالية ، تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء . وفى هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته الا نصيبه فى أموال الشركة ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذى أدى الى خروجه من الشركة ، ويدفع له نقدا . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على ذلك الحادث .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٨ من التقنين الحالى ، مع حذف عبارة « أو باعساره » من الفقرة الأولى ، وحذف عبارة « أو أعسر » من الفقرة الثانية ، نظرا الى أن المشروع لم يورد تنظيما للاعسار ، على خلاف التقنين الحالى ، للاعتبارات التى تقدم ذكرها (راجع النظرة العامة فيما يتعلق بالوسائل التى تكفل حقوق الدائنين) .

وتطابق المادة ٦٤٦/د والمادة ٦٤٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٠٣ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٠/د و م ٧١٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٦٦ – ٢٧٠ و ٢٧٧ و ٢٧٨ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٥٢ من المجلة .

(مادة ٥٠٣)

١ – تنتهى الشركة بانسحاب احد الشركاء اذا كانت مدتها غير معينة ، على أن يعلن الشريك ارادته فى الانسحاب الى سائر الشركاء قبل حصوله ، والا يكون انسحابه عن غش او فى وقت غير لائق .

٢ – وتنتهى كذلك باجماع الشركاء على حلها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٩ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « كذلك » فى الفقرة الثانية بكلمة « أيضا » .

وتقابل المادة ٦٤٦/هـ ، و من التقنين العراقى التى تنص على أن « تنتهى الشركة بأحد الأمور الآتية :

(هـ) بانسحاب أحد الشركاء من الشركة اذا كانت مدة الشركة غير محددة ، على أن يعلن الشريك ارادته فى الانسحاب لسائر الشركاء قبل حصوله بثلاثة اشهر ، وعلى الا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير مناسب .

(و) باجماع الشركاء على حلها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٠/هـ ، و) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٦٦ – ٢٧٠ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م١٣٥٣ و ١٤٢٤ من المجلة .

(مادة ٥٠٤)

١ ـ يجوز للمحكمة ان تقضى بحل الشركة بناء على طلب احد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به او لأى سبب آخر لا يرجع الى الشركاء . ويقدر القاضى ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل .

٢ ـ ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٠ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٩ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٦٠٤ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو الحق بالشركة ضررا جوهريا من جراء تولى شئونها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٨٥ و ٣٨٦ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٥٣ من المجلة .

(مادة ٥٠٥)

١ ـ يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل اى من الشركاء يكون وجوده فى الشركة قد أثار اعتراضا على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مسوغا لحل الشركة ، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقين .

٢ ـ ويجوز كذلك لأى شريك ، اذا كانت الشركة معينة المدة ، ان يطلب من القضاء اخراجه من الشركة متى استند فى ذلك الى اسباب معقولة ، وفى هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقى الشركاء على استمرارها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣١ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٠٥ من التقنين الاردنى .

وتطابق فقرتها الأولى المادة ٦٥٠ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٨٨ .

والسند الشرعى للنص المقترح ما تنص عليه المادة ١٩ من المجلة : « لا ضرر ولا ضرار » . وما تنص عليه المادة ٢٠ من المجلة : « الضرر يزال » .

٥ ـ تصفية الشركة وقسمتها

(مادة ٥٠٦)

تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد . وعند خلوه من حكم خاص تتبع الأحكام الآتية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٥١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٦٠٦ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « يتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة التى ارتضاها الشركاء ، فاذا لم يتفقوا جاز لأى من أصحاب المصلحة أن يطلب من المحكمة تعيين مصفٍ أو أكثر لاجراء التصفية والقسمة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٩٠ و ٣٩١ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١١١٤ و ١١٣٠ من المجلة .

(مادة ٥٠٧)

تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين ، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية والى أن تنتهى هذه التصفية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٥٢ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكم الشطر الأخير منها مع المادة ١/٦٠٧ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « تبقى للشركة شخصيتها الحكمية بالقدر اللازم للتصفية » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٩٢ و ٣٩٣ .

والسند الشرعى للنص المقترح أن مدير الشركة بمثابة وكيل ، فاذا مات الموكل انتهت الوكالة .

(مادة ٥٠٨)

١ ـ يقوم بالتصفية ، عند الاقتضاء ، اما جميع الشركاء واما مصفٍ واحد او اكثر تعينهم اغلبية الشركاء .

٢ ـ واذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفى ، تولى القاضى تعيينه بناء على طلب احدهم .

٣ – وفى الحالات التى تكون فيها الشركة باطله ، تعين المحكمة المصفى ، وتحدد طريقة التصفية ، بناء على طلب كل ذى شان •

٤ – وحتى يتم تعين المصفى يعتبر المديرون بالنسبة الى الغير فى حكم المصفين •

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٤ من التقنين الحالى •

وتطابق المادة ٦٥٣ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكم الفقرة الأخيرة منها مع المادة ٢/٦٠٧ من التقنين الاردنى •

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٩٥ – ٣٩٧ •

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١١١٤ و ١١٢٠ – ١١٢٢ من المجلة •

(مادة ٥٠٩)

١ – ليس للمصفى أن يبدأ أعمالا جديدة للشركة ، الا أن تكون لازمة لاتمام أعمال سابقة •

٢ – ويجوز له أن يبيع مال الشركة منقولا أو عقارا ، اما بالمزاد واما بالممارسة ، ما لم ينص فى أمر تعيينه على تقييد هذه السلطة •

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٥ من التقنين الحالى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٥٤ من التقنين العراقى ، فيما عدا أن بيع مال الشركة لا يكون الا بالقدر اللازم لوفاء الديون فى هذا التقنين •

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧١٩) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٣٩٨ – ٤٠١ •

(مادة ٥١٠)

١ – تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة •

٢ – ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال كما هى مبينة فى العقد ، أو يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها اذا لم تبين قيمتها فى العقد ، مما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عمله أو اقتصر فيما قدمه من شىء على حق المنفعة فيه أو على مجرد الانتفاع به •

٣ – واذا بقى شىء بعد ذلك ، وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح •

٤ – أما اذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعا بنسبة حصة كل منهم فى رأس المال •

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٦ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « بنسبة حصة كل منهم فى رأس المال » فى نهاية الفقرة الأخيرة بعبارة « بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر » وذلك اتساقا مع ما تقدم تقريره من أن توزيع الخسائر على الشركاء يجب أن يكون بنسبة حصة كل منهم فى رأس المال •

وتقابل المادة ٦٥٥ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٣٦ من التقنين المصرى الحالى •

وتقابل المادتين ٦٠٨ ، ٦١٠ من التقنين الأردنى اللتين تتفقان فى الحكم مع المادة ٥٣٦ من التقنين المصرى الحالى •

أنظر فى الفقه الاسلامى : م ١٣٥٤ من المجلة •

(مادة ٥١١)

تتبع فى قسمة أموال الشركة القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع •

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٧ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « قسمة أموال الشركة » بعبارة « قسمة الشركات » •

وتطابق المادة ٦٥٦ من التقنين العراقى •

وتطابق المادة ٦٠٩ من التقنين الأردنى ، فيما عدا العبارة المستبدلة فى نص التقنين المصرى الحالى •

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (مادة ٧٢١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٠٦ •

الفرع الثانى

بعض أنواع الشركات

نظرة عامة

نظم المشروع ثلاثة أنواع خاصة من الشركات استمدها من الفقه الاسلامى ، وهى شركة المضاربة وشركة الأعمال وشركة الوجوه ، وذلك لتخليص التعامل مما يشوبه من أوضاع غير شرعية ولمواجهة الواقع العملى فى مجتمعنا •

وأولى هذه الشركات وأهمها هى شركة المضاربة التى يساهم فيها رب المال بتقديم رأس المال ويساهم فيها المضارب بالعمل • فهى البديل الشرعى لنظام القرض بفائدة حينما يحتاج صاحب مشروع معين الى مال لاقامة هذا المشروع والسير فيه • اذ ان ما يجرى حاليا هو أن يلجأ صاحب المشروع الى مصرف أو هيئة أخرى أو أحد الأفراد ، فيحصل منه على قرض بمبلغ من المال بفائدة يتفق عليها ، وهو ما يعنى التعامل بالربا • والبديل الشرعى لهذا الضرب من التعامل أن تقوم شركة يساهم فيها رب المال ، وهو المصرف أو الهيئة أو أحد الأفراد ، برأس المال ، ويساهم فيها المضارب ، وهو صاحب المشروع ، بعمله ، على أن يقتسم الطرفان الربح بنسبة يتفق عليها • وقد انتشرت الآن المصارف الاسلامية بدرجة ملحوظة واتخذت من شركة المضاربة نظاما شرعيا سواء فى علاقتها بأصحاب الودائع أو فى علاقتها بأصحاب المشروعات •

أما شركة الأعمال فيساهم فيها كل شريك بعمله ، حيث يقوم الشركاء بعمل معين لصالح الغير فى مقابل أجر معين يقسم بينهم بنسبة يتفق عليها • وهذا النوع من الشركات يواجه واقعا عمليا • كأن تقوم شركة بين عدد من المهنيين ، كالأطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين • أو تقوم شركة بين عدد من الحرفيين ، كأصحاب الصنائع •

أما شركة الوجوه فتقوم على شراء مال نسيئة ثم بيعه واقتسام ما ينشأ عن ذلك من ربح •

شركة المضاربة

(مادة ٥١٢)

المضاربة شركة يساهم فيها رب المال برأس المال ، ويساهم المضارب بالعمل •

هذه المادة مستحدثة كبقية النصوص فى شركة المضاربة •

ففى شركة المضاربة يقدم أحد الطرفين المال ، ويقدم الطرف الآخر العمل ، ويقتسمان الربح بنسبة يتفق عليها •

ونصوص المضاربة جميعها مستمدة من الفقه الاسلامى على مذهب الامام أبى حنيفة كما سبق القول •

فقد نصت المادة ١٤٠٤ من المجلة على ان « المضاربة نوع شركة على ان رأس المال من طرف والسعى والعمل من الطرف الآخر • ويقال لصاحب رأس المال رب المال وللعامل مضارب • » •

ونصت المادة ٤٣٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أن « المضاربة عقد شركة فى الربح بمال من جانب وعمل من جانب » • وقد جاء فى مذكرتها الايضاحية أن المضاربة لغة من الضرب فى الأرض بمعنى السير فيها • فقد قال سبحانه وتعالى : « وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله » • واصطلاحا دفع المال الى من يتصرف به ليكون الربح بينهما على ماشرطا •

انظر : ابن عابدين ج٤ ص٥٠٤ • فتح التقدير ج٧ ص٥٨ •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٠ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢١ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥١٣)

يجب ان تتوافر لدى كل من رب المال والمضارب اهلية التصرف •

هذه المادة مستحدثة •

وفى الفقه الاسلامى على مذهب الامام أبى حنيفه نصت المادة ١٤٠٨ من المجلة أنه « تشترط أهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة » •

ويؤخذ من هذا النص أن رب المال يجب أن تتوافر لديه أهلية التصرف ، وهو مايتفق مع النص المقترح بالنسبة الى رب المال • أما أهلية الوكالة بالنسبة الى المضارب ، فقد رؤى أنها لاتكفى ، فقد تكون دون أهلية التصرف ، مع ان أعمال الاستثمار التى يباشرها المضارب غالبا ماتكون من أعمال التصرف ، ولذلك سوى النص المقترح بين رب المال والمضارب فى اشتراط أهلية التصرف لدى كل منهما •

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٦١/٢ من التقنين العراقى ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة ١٤٠٨ من المجلة •

وتقابل المادة ٦٢٢/١ من التقنين الأردنى ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة ١٤٠٨ من المجلة •

(مادة ٥١٤)

يشترط ان يكون رأس المال مبلغا من النقود ، وان يكون معلوما للطرفين ، وان يسلم الى المضارب •

هذه المادة مستحدثة •

وهى تعدد الشروط التى يجب توافرها فى رأس مال المضاربة وفقا لما يقرره الفقه الاسلامى •

فيشترط أن يكون رأس المال فى المضاربة مبلغا من النقود • فلايجوز ان يكون عقارا ، أو من العروض ، أو دينا فى الذمة • لكن اذا أعطى رب المال للمضارب عقارا أو عروضا ، وعهد اليه ببيعها والمضاربة بثمنها ، فقبل المضارب وقبض المال وباعه واتخذ من ثمنه النقدى رأس مال ، فتكون المضاربة صحيحة • كذلك اذا عهد رب المال الى المضارب أن يقبض الدين الذى له فى ذمة شخص معين محددا مقداره لكى يستخدمه بطريق المضاربة وقبل ، فتكون المضاربة صحيحة • وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٠٩ من المجلة •

ويشترط أن يكون رأس المال معلوما للطرفين . وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١١ من المجلة والمادة ٢/٤٤١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه . اذ أن رأس المال عنصر جوهرى فى المضاربة ، فيجب أن يكون مقداره معلوما للطرفين .

ويشترط أن يسلم رأس المال الى المضارب . وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١٠ من المجلة ، وما جاء فى المذكرة الايضاحية للمادة ٤٤١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه ، حتى يستطيع المضارب أن يتصرف فيه على النحو المقصود فى المضاربة .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦١/ب من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٢/٦٢٢و٣ من التقنين الأردنى .

(مادة ٥١٥)

يصح ان تكون المضاربة مطلقة ، او تكون مقيده بزمان او مكان او نوع من الأعمال أو غير ذلك من الشروط .

هذه المادة مستحدثة .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى .

فقد تكون المضاربة مطلقة ، بحيث لايتقيد المضارب فى ممارسة نشاطه بزمان أو مكان او نوع معين من أعمال الاستثمار أو غير ذلك من الشروط . وقد تكون مقيدة بشرط من هذا القبيل . وهذا ما نصت عليه المادتان ١٤٠٦ و ١٤٠٧ من المجلة .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٣ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٤ من التقنين الأردنى .

(مادة ٥١٦)

اذا كانت المضاربة مطلقة ، كان للمضارب ان يقوم بجميع التصرفات والأعمال التى تقتضيها طبيعة الاستثمار وفقا للعرف السائد فى هذا الشان .

هذه المادة مستحدثة .

وهى مستمدة من الفقه الاسلامى .

فاذا كانت المضاربة مطلقة ، كان المضارب ماذونا فى القيام بجميع ما تقتضيه المضاربة وما يتفرع عنها . فيجوز له البيع والشراء من أجل الربح والتوكيل بالبيع والشراء وايداع مال المضاربة والرهن والارتهان والايجار والاستئجار . وله البيع بالنقد أو بالنسيئة للأجل المتعارف بين التجار . وله أن يقبل الحوالة بثمن المال الذى باعه . وليس له أن يشترى المال بالغبن الفاحش ، فان فعل ذلك عد مشتريا لحسابه فلا يدخل المال فى حساب المضاربة . وهذا مانصت عليه المادة ١٤١٤ من المجلة والمواد ٤٤٣ ـ ٤٤٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه (أنظر المذكرة الايضاحية لهذه المواد . وانظر أبن عابدين ج ٤ ص٥٠٦و٥٠٧) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٤ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٦٢٥ من التقنين الأردنى .

(مادة ٥١٧)

اذا كانت المضاربة مقيدة ، وجب على المضارب أن يراعى الشرط المتفق عليه ، فان خالفه كان ضامنا مايصيب مال المضاربة من هلاك او تلف وما يلحق رب المال بسبب هذه المخالفة من ضرر .

هذه المادة مستحدثة .

وهى مستمدة من الفقة الاسلامى .

فاذا كانت المضاربة مقيدة بزمان أو مكان أو نوع معين من أعمال الاستثمار أو غير ذلك من الشروط ، التزم المضارب بمراعاة ما اتفق عليه من قيود . فاذا خالف المضارب الشرط كان ضامنا لما يترتب على هذه المخالفة من ضرر . فاذا وقت رب المال المضاربة بزمان معين ، انتهت المضاربة بمضى هذا الزمان . واذا نهى رب المال المضارب عن الذهاب بمال المضاربة الى مكان معين، أو عن البيع بالنسيئة، فذهب الى هذا المكان أو باع بالنسيئة ، كان ضامنا لما يترتب على هذه المخالفة من ضرر . وهذا ما نصت عليه المواد ١٤٢٠ ـ ١٤٢٣ من المجلة .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٦ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٢٥ / ٢ من التقنين الأردنى .

(مادة ٥١٨)

١ ـ لا يجوز للمضارب ان يخلط مال المضاربة بماله ولا ان يعطيه للغير مضاربة ، الا اذا جرى العرف بذلك ، او فوضت اليه امور المضاربة بحسب ما يراه .

٢ ـ ولايجوز له فى أى حال ان يهب مال المضاربة او يقرضه ولاان يقترض الى حد يصبح معه الدين اكثر من راس المال ، الا باذن صريح من رب المال .

هذه المادة مستحدثه .

وهى مستمدة من الفقة الاسلامى .

فالمضارب،ولو كانت المضاربة مطلقة،لا يجوز له أن يخلط مال المضاربة بماله لكي يستثمره معه ، ولا أن يعطيه للغير مضاربة . غير أنه يستثنى من ذلك أن يكون العرف قد جرى على جواز خلط مال المضاربة بمال المضارب ، أو اعطاء مال المضاربة للغير لاستثماره بطريق المضاربة . كما يستثنى من ذلك ان يكون رب المال قد فوض المضارب فى أن يتصرف فى أمور المضاربة بحسب رأيه ، حيث يجوز للمضارب فى هذه الحالة أيضا أن يخلط مال المضاربة بماله . ففى هذين الاستثناءين يعتبر المضارب مأذونا فى هذين الأمرين . وهذا ما نصت عليه المادتان ١٤١٥ و ١٤١٦ من المجلة بالنسبة الى المضاربة المطلقة . كما نصت عليه بصفة عامة المادة ٤٤٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه فى المتن وفى مذكرتها الايضاحية .

وفى أى حال ، فان المضارب لايجوز له أن يهب مال المضاربة أو يقرضه أو يقترض ما يزيد على رأس المال ، ما لم يكن ذلك باذن صريح من رب المال . وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١٦ من المجلة بالنسبة الى المضاربة المطلقة . كما نصت عليه بصفة عامة المادة ٤٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة .

ويلاحظ فى هذا الصدد ان نصوص المجلة المشار اليها تقصر حكم المادة المقترحة على المضاربة المطلقة ، وهو ما فعله التقنين العراقى فى المادة ٦٦٥ منه . ولكن رؤى فى المشروع أن منطق الفكرة يقتضى تعميم الحكم على المضاربة المطلقة والمضاربة المقيدة ، وهو ما فعله التقنين الأردنى فى المادة ٦٢٦ منه وكذلك المادتان ٤٤٦ و ٤٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفه .

(مادة ٥١٩)

١ - يستحق كل من رب المال والمضارب نصيبا فى الربح بحسب النسبة المتفق عليها . فاذا لم يعين عقد الشركة حصة كل منهما قسم الربح بحسب ما جرى به العرف ، فان لم يكن هناك عرف قسم الربح مناصفة بينهما .

٢ واذا جاز للمضارب ان يخلط مال المضاربة بماله ، قسم الربح بنسبه راس المال ، فياخذ المضارب ربح ماله ، ويوزع ربح مال المضاربة على الوجه المبين فى الفقرة الأولى .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها مستمد من الفقه الاسلامى فى المادتين ١٤١١ و ١٤١٧ من المجلة ، مع اضافة العرف . فقد جاء فى المادة ١٤١١ : « وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءا شائعا كالنصف والثلث . لكن اذا عبر بالشركة على الاطلاق كقوله والربح مشترك بيننا ، فيكون مصروفا الى المساواه ويقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب » . ونصت المادة ١٤١٧ على أنه « اذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فالربح الحاصل يقسم على مقدار رأس المال ، يعنى انه ياخذ ربح ماله وربح مال المضاربة يقسم بينه وبين رب المال على الوجه الذى شرطاه » .

والمادة المقترحة تتفق فى الحكم مع المادتين ١/٦٦٧ و ١/٦٦٨ من التقنين العراقى ، فيما عدا ان هذا التقنين لم يذكر العرف .

وتتفق فى الحكم مع المادة ٦٢٧ من التقنين الاردنى ، فيما عدا ان هذا التقنين لم يذكر العرف .

(مادة ٥٢٠)

١ - يتحمل رب المال الخسارة وحده . ويقع باطلا كل شرط على خلاف ذلك .

٢ - واذا نقص مال المضاربة بسبب الخسارة أو التلف ، فان النقص يجبر من الربح ، فان جاوز النقص الربح حسب الزائد من راس المال فلا يضمنه المضارب .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها مستمد من الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ١٤٢٧ من المجلة على أنه « اذا تلف مقدار من مال المضاربة فيحسب فى أول الأمر من الربح ولا يسرى الى رأس المال . واذا تجاوز مقدار الربح وسرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة » . ونصت المادة ١٤٢٨ على ما يأتى : « على كل حال يكون الضرر والخسار عائدا الى رب المال . واذا شرط كونه مشتركا بينه وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط » . ونصت المادة ٤٦٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أن « ما هلك من مال المضاربة يصرف الى الربح،فان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب» .

ويلاحظ ان ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة من ان رب المال هو الذى يتحمل الخسارة وحده انما يقصد به مقدار الخسارة فى رأس المال ، باعتبار ان رأس المال هو ما يساهم به رب المال فى الشركة وانه يكون من حقه عند انتهاء المضاربة . فهذا الحكم لايعنى أن المضارب لا يتحمل شيئا من الخسارة ، اذ ان ما يخسره هو عمله . ولذلك يقع باطلا كل شرط يتفق فيه على ان يتحمل المضارب جزءا من الخسارة فى رأس المال . وقد تقدم ان نصيب الشريك فى الخسارة يتعين أن يكون بنسبة مايساهم به فى الشركة (انظر المادة ٤٨٨ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادتين ٦٧٠ و ٦٧١ من التقنين العراقى .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢٨ من التقنين الاردني .

(مادة ٥٢١)

تنتهي المضاربة بانقضاء الميعاد المعين لها ، او باتمام العمل الذي قامت من اجله . وتنتهي كذلك بموت احد المتعاقدين او الحجر عليه .

هذه المادة مستحدثة .

والسببان الأولان تنتهي بهما الشركة بطريقة طبيعية ، وذلك حين ينقضي الأجل المعين لها أو يتم العمل الذي قامت من أجله .

والسببان الآخران يقضي بهما القواعد العامة في الشركة .

وقد نص عليها الفقه الاسلامي في المادة ١٤٢٩ من المجلة التي تقول: « اذا مات رب المال أو المضارب أو جن جنونا مطبقا فتنفسخ المضاربة » .

والمادة المقترحة تقابل ما جاء في المادة ٢/٦٧٣ من التقنين العراقي التي تقول : « وتنتهي المضاربة كذلك بموت رب المال أو المضارب وبانعدام اهليتهما » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٣ من التقنين الأردني التي تنص على أن « تنفسخ المضاربة اذا مات أحد المتعاقدين أو جن جنونا مطبقا أو حجر عليه » .

(مادة ٥٢٢)

١ - يجوز لكل من المتعاقدين ان ينهي المضاربة اذا كانت مطلقة ، على الا يكون ذلك في وقت غير لائق ، والا ضمن ما يلحق المتعاقد الآخر من ضرر بسبب ذلك .

٢ - ولا يعتبر هذا الانهاء الا من وقت علم المتعاقد الآخر به بموجب انذار رسمي يوجه اليه .

٣ - فاذا انتهت المضاربة على هذا الوجه ، وجب على المضارب ان يمتنع عن التصرف في مال المضاربة ان كان من النقود ، فان كان من غير النقود جاز له بيعه لتحويله الى نقود .

هذه المادة مستحدثة .

وحكم الفقرتين الأولى والثانية منها تطبيق للقاعدة العامة التي تقضي بان « تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء اذا كانت مدتها غير معينة ، على أن يعلن الشريك ارادته في الانسحاب الى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق » (م١/٥٠٣ من المشروع) .

أما الفقرة الثالثة فتوجب على المضارب أن يمتنع عن التصرف في مال المضاربة بعد انتهائها اذا كان من النقود . أما اذا كان هذا المال من غير النقود ، فان المضارب يجوز له أن يبيعه لتحويله الى نقود .

وحكم هذه الفقرة مستمد من الفقه الاسلامي . ففي هذا الفقه نصت المادة ١٤٢٤ من المجلة على حالة ما اذا أنهى رب المال المضاربة بعزله المضارب فقالت : « اذا عزل رب المال المضارب فيلزم اعلامه بعزله ، فتكون تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتى يقف على العزل ، ولا يجوز له التصرف بالنقود التي في يده بعد وقوفه على العزل ، لكن اذا كان في يده أموال غير النقود فيجوز له أن يبيعها ويبدلها بالنقد » .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٦٧٤ و ٦٧٥ من التقنين العراقي .

وتقابل المادتين ٦٢٩ و ٦٣٠ من التقنين الأردني .

(مادة ٥٢٣)

١ - على أي وجه كان انتهاء المضاربة ، فانه يجب على المضارب أن يصل بالأعمال التي بداها الى حالة لاتتعرض معها اموال المضاربة للخسارة او التلف .

٢ - وفي حالة انتهاء المضاربة بموت المضارب ، يجب على ورثته او نائبهم ان يبادروا الى اخطار رب المال بموت المورث وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال للمحافظة على اموال المضاربة .

هذه المادة مستحدثة .

وقد روعي النص فيها على ما يجب القيام به من أعمال وما يجب اتخاذه من تدابير للمحافظة على أموال المضاربة عند انتهائها أيا كان سبب هذا الانتهاء . اذ أنه عند انتهاء المضاربة تصبح الأموال الموجودة من حق رب المال . فكان على المضارب أن يقوم بما يلزم من أعمال للمحافظة على هذه الأموال . واذا انتهت المضاربة بموت المضارب ، كان على ورثته من بعده أو نائبهم أن يتخذوا التدابير اللازمة لكفالة هذه المحافظة . وذلك قياسا على ما هو مقرر في الوكالة .

اذ الواقع أن أحكام المضاربة مزيج من أحكام الشركة وأحكام الوكالة . ولذلك فان الفقه الاسلامي يعتبر المضارب بمثابة وكيل يشارك في الربح . حيث نصت المادة ١٤١٣ من المجلة على أن « المضارب أمين ، فرأس المال في يده في حكم الوديعة ، ومن جهة تصرفه في رأس المال هو وكيل رب المال واذا ربح فيكون شريكا فيه » .

غير أن هذا التصوير ليس دقيقا ، لان للشركة شخصيتها المستقلة ، والمضارب شريك منتدب للادارة ، ولم تكن فكرة الشخصية الاعتبارية قد نضجت في الفقه الاسلامي الى الحد الذي تمتد فيه الى الشركة .

(مـــادة ٥٢٤)

اذا مات المضارب ،وكانت اموال المضاربة موجودة عينا ، ردت الاموال الى رب المال • واذا لم توجد هذه الاموال عينا ، ولم يتبين حالها ، كان حق رب المال دينا في التركة •

هذه المادة مستحدثة •

ويرجع حكمها الى انه عند انتهاء المضاربة تكون اموالها من حق رب المال بعد تقسيم الربح • فاذا كانت هذه الأموال موجودة عينا ، ردت الى رب المال • واذا لم تكن موجودة عينا فقد يتبين حالها ، كان يثبت الوارث أنها ردت الى رب المال أو يثبت أنها هلكت أوضاعت بدون تعد من أحد • فاذا لم يتبين حالها على هـذا النحو ، أو اثبت رب المال أنها هلكت أو ضاعت بتقصير من المضارب ، لزم الضمان من التركة •

ويقول الفقه الاسلامى فى هذا المعنى فى المادة ١٤٣٠ من المجلة انه « اذا مات المضارب مجهلا ، فالضمان فى تركته » (أنظر م ٨٠١ و ١٣٥٥ من المجلة) •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ٦٧٣ من التقنين العراقى فى نهايتها من أنه « اذا مات المضـارب مجهلا لمال المضاربة فالضمان فى تركته » •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٣٤ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا مات المضارب مجهلا مال المضاربة ، يكون حق رب المال دينا فى التركة » •

شركة الأعمال

(مادة ٥٢٥)

شركة الأعمال شركـة يساهم فيها كل شريك بعمل يقوم به لصالح الغير فى مقابل اجر يقسم بين الشركاء بحسب النسبة المتفق عليها •

هذه المادة مستحدثة •

وشركة الأعمال تقوم على المساهمة بعمل من جانب جميع الشركاء ، فليس فيها رأس مال • وانما يتقبل الشركاء الأعمال التى يطلبها الغير ويتعهدون بالقيام بها ، وذلك فى مقابل أجر يلتزم به الغير ويقسم بينهم على ما شرطوه • كما هى الحال فى شركة تقـوم بين عدد من المهنيين ، كالأطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين ، أو تقوم بين عدد من الحرفيين، كأصحاب الصنائع •

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٨٥ من المجلة فى هذا المعنى على أن « شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الأعمال • فالاجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذى يطلب ويكلف من طرف المستأجرين ، سواء كانا متساويين أو متفاضلين فى ضمان العمل ٠٠٠ » • ونصت المادة ٤٣٢ من مشروع تقنين الشريعةالاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على أن « شركة الصنائع أن يشتركا صاحبا صنعة على تقبل الأعمال ويكون الكسب بينهما على ما شرطا • ولا يلزم اتحاد العمل والمكان » •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٧٦ من التقنين العراقى • وتتفق فى حكمها مع المادة ٦١١ من التقنين لاردنى •

(مادة ٥٢٦)

الشركاء مسئولون بالتضامن عن ايفاء العمل المتفق عليه لصالح الغير•

هذه المادة مستحدثة •

وبمقتضاها يسأل الشركاء عن ايفاء العمل المطلوب لصالح الغير، وذلك على سبيل التضـامن • فيسـتطيع الغير أن يطالب أى شريك بانجاز العمل المطلوب •

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٨٧ من المجلة فى هذا الصـدد على أن « كل واحد من الشريكين وكيل الآخر فى تقبل العمل • فالعمل الذى تقبله أحدهما يكون ايفاءه لازما عليه وعلى شريكه ايضا ٠٠٠ حتى ان العمل الذى تقبلة أحد الشريكين يطلب ايفاءه المستاجر من أيهمـا اراد ، وكل واحد من الشريكين يكون مجبورا على ايفاء العمل ٠٠٠ » • ونصت المادة ٤٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على أنه « تقتضى شركة الصنائع أن يصير كل منهما وكيلا عن صاحبه وضامنا لمـا يتقبله » •

والأدق فى هذا الصدد أن يعتبر الشركاء مسئولين بالتضامن عن ايفاء العمل المطلوب كما يقول النص المقترح •

واذا كان لكل شريك أن يتقبل العمل الذى يطلبه الغير ، فان هـذا لا يكون على أساس أن كل شريك يعتبر وكيلا عن الآخر ، وانما يعنى أن كل شريك يعتبر مفوضا من الآخرين فى ادارة الشركة ، مادام أن ليس هناك نص خاص على طريقة الادارة (انظر م ٤٩٤ من المشروع) •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١/٦١٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « **يلتزم كل من الشركاء باداء العمل الذى تقبلة وتعهده** أحدهم » •

وتقابل المـادة ١/٦٧٧ من التقنين العراقى التى تنص على أن « كل واحد من الشركاء وكيل للآخرين فى تقبل العمل ولصاحب العمل أن يطلب ايفاءه من أى شريك » •

(مادة ٥٢٧)

ليس على الشريك ايفاء ما تقبله من العمل بنفسه ، فله أن يعهد به الى آخر من الشركاء او من غيرهم ، الا اذا شرط عليه صاحب العمل ان يقوم به بنفسه .

هذه المادة مستحدثة .

وبمقتضاها يجوز للشريك الذى تقبل العمل أن يقوم به بنفسه ، أو أن يعهد به الى شريك غيره أو الى شخص آخر من غير الشركاء . غير أنه يجب عليه أن يقوم بالعمل بنفسه اذا شرط عليه صاحب العمل ذلك .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٨٩ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « لا يجبر أحد الشريكين على ايفاء ماتقبله من العمل بالذات بل ان شاء يعمله بيده وان شاء يعطيه لشريكه أو لآخر . لكن اذا شرط المستأجر عمله بالذات يلزم حينئذ عمله » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٧٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦١٣ من التقنين الاردنى .

(مادة ٥٢٨)

يقسم الربح بين الشركاء على الوجه المتفق عليه فى العقد دون اعتبار لمقدار أو نوع العمل الذى يقوم به كل منهم .

وتقسم الخسارة بينهم بنسبة مايضطلع به كل منهم من عمل .

هذه المادة مستحدثة .

وبمقتضاها يستحق كل شريك نصيبه فى الربح على ماشرط دون نظر الى مقدار العمل الذى يقوم به أو نوعه ، بل وحتى اذا لم يقم به بالفعل ، كما لو كان مريضا أو ذهب الى مكان آخر أو لم يساهم فى العمل لكفاية ما يقوم به زملاؤه فى سبيل انجازه . ويتحمل الشريك نصيبه فى الخسارة على مقدار ضمان العمل ، أى بنسبة ما يضطلع به من عمل .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٩١ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « اذا شرط التساوى فى العمل والتفاضل فى الكسب كان جائزا » .

ونصت المادة ١٣٩٢ على مايأتى : « الشريكان بضمان العمل يستحقان الأجرة . فاذا عمل أحد الشريكين وحده والآخر لم يعمل ، كما لو مرض أو ذهب الى محل أو جلس بطالا ، فيقسم الربح والأجرة بينهما على الوجه الذى شرطاه » .

ونصت المادة ١٣٩٣ على أنه « اذا تلف أو تعيب المستأجر فيه بصنع أحد الشريكين فيكون ضامنا بالاشتراك مع الشريك الآخر ، والمستأجر يضمن ماله ايا شاء منهما ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار الضمان ... » .

وحكم المادة المقترحة تطبيق للقواعد العامة التى تقضى بانه اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الربح ، كان نصيب كل منهم بنسبة حصته فى رأس المال . أما نصيب كل منهم فى الخسارة ، فيتعين أن يكون بنسبة حصته فى رأس المال . واذا كانت حصة الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل . أما نصيبه فى الخسارة فهو عمله (م ٤٧٨ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المواد ٦٧٩ – ٦٨١ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المواد ٦١٤ – ٦١٦ من التقنين الأردنى .

(مادة ٥٢٩)

١ – تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو باتمام العمل الذى قامت من اجله .

٢ – ويجوز لاى شريك أن ينهى الشركة اذا كانت مدتها غير معينه .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها تطبيق للقاعدة العامة فى خصوص انتهاء الشركة .

شركة الـوجوه

(مادة ٥٣٠)

شركة الوجوه عقد يقوم الشركاء بمقتضاه بشراء مال مشترك بينهم نسيئه بما لهم من اعتبار ، ثم بيعه واقتسام ما ينشا عن ذلـك من ربح .

هذه المادة مستحدثة .

وشركة الوجوه ليس فيها رأس مال . فهى أقرب ماتكون الى شركة الاعمال . غير أن عمل الشركاء فيها أن يقوموا بشراء مال مشترك بينهم نسيئة ثم يبيعونه ويقتسمون ماينشا عن ذلك من ربح . وهم يشترون المال المشترك نسيئة بمالهم من اعتبار ووجاهة ، فهم يشترون بوجوههم ، اى بوجاهتهم وأمانتهم ، لأنه لا يشترى بالنسيئة الا من كان له وجاهه عند الناس .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٣٣٢ من المجلة فى هذا المعنى على أنه « اذا لم يكن للشركاء راس مال وعقدوا الشركة على البيع والشراء نسيئة وتقسيم مايحصل من الربح بينهم فتكون شركة وجوه » . ونصت المادة ٤٣٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أن « شركة الوجوه ان يشترك رجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما » .

انظر المذكرة الايضاحية لهـذه المـادة • وأنظر فتح القدير ج٣ ص ٣٠ •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٥٨ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٦١٩ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥٣١)

يضمن الشركاء ثمن المـال المشترى ، كل بنسبة حصته فيه •

هذه المادة مستحدثة •

وهى تحدد مسئولية الشركاء عن ثمن المال المشترك الذى اشتروه • فكل منهم يضمن الثمن بقدر حصته فى هذا المال •

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٤٠١ من المجلة فى هذا المعنى على أن « ضمان ثمن المال المشترى يكون بالنظر الى حصة الشريكين فيه » •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع ماجاء فى هذا الصدد فى المـادة ٦٥٨ من التقنين العراقى •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢/٦١٩ من التقنين الأردنى •

(مادة ٥٣٢)

يقسم الربح والخسارة بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم فى المال المشترى • ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك •

هذه المادة مستحدثة •

وهى توجب أن يكون ما يصيبه كل شريك من الربح وما يتحمله من الخسارة بقدر حصته فى المال المشترك للشركة ، بحيث لايجوز الاتفاق على خلاف ذلك •

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٤٠٢ من المجلة فى هذا المعنى على أن « تكون حصة كل واحد من الشريكين فى الربح بقدر حصته فى المال المشترى ، واذا شرط الى واحد زيادة على حصته فى المال المشترى فيكون الشرط لغوا ويقسم الربح بينهما على مقدار حصتهما من المال المشترى » • ونصت المادة ١٤٠٣ على أن « يقسم الضرر والخسار فى كل حال على مقدار حصة الشريكين فى المال المشترى سواء باشرا عقد الشراء بالاتحاد أو باشره أحدهما وحده » • ونصت المادة ٤٣٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أن « يكون الربح فى شركة الوجوه لكل شريك بقدر ضمانه فى الشىء المشترى » • أنظر المذكرة الايضاحية لهذه المـادة • وأنظر فتح القدير ج ٣ ص ٣١ •

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٥٩ من التقنين العراقى •

وتقابل المادة ٦٢٠ من التقنين الأردنى ، وهى تجيز الاتفاق المخالف •

(مادة ٥٣٣)

١ ـ تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو باتمام العمل الذى قامت من اجله •

٢ ـ ويجوز لاى شريك أن ينهى الشركة اذا كانت مدتها غير معينة •

هذه المادة مستحدثة •

وحكمها تطبيق للقاعدة العامة فى خصوص انتهاء الشركة •

الفصل الخامس

القـــــرض

نظرة عامة فى تحريم الربا •

حرم المشروع الربا • فقضى ببطلان كل اتفاق على تقاضى فوائـد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير فى الوفاء به ، واعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا ما ثبت ان هذه العمولة أو المنفعة لا يقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد اداها ولا نفقة مشروعة (م ٢٣٥) • واجاز للدائن ، اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتاخر المدين فى الوفاء به ، ان يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التاخير (م ٢٣٦) • ونظم شركـــة المضاربة كبديل شرعى للقرض بفائدة عندما يحتاج صاحب مشروع معين الى مال لاقامة المشروع (م ٥١٢ وما بعدها) • وقضى ببطلان كل شرط بزيادة فى العوض يؤديها المقترض الى المقرض (٥٣٧) • واغفل تنظيم موضوع الدخل الدائم ، نظرا الى ان الصورة الغالبة فى التطبيق العملى ان يكون العقد الذى يرتب الدخل الدائم هو عقـــد قرض بفائدة • وتحاشى فى جميع المواد كل ما يتعلق بالفوائد •

(مادة ٥٣٤)

القرض عقد تنتقل بمقتضاه ملكية مبلغ من النقود أو اى شىء مثلى آخر ، على ان يرد المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته •

هذه المـادة تقابل المـادة ٥٣٨ من التقنين الحالى التى تنص على أن « القرض عقـد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقترض ملكيـة مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر ، على أن يرد اليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته » •

وقد روعى فى تعريف القرض فى المادة المقترحة ابراز محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة من القرض ، وذلك على نسق مايراعيه المشروع بالنسبة الى جميع العقود • والعملية القانونية المقصودة من القرض هى انتقال ملكية مبلغ من النقود أو اى شىء مثلى آخر ، وهى العنصر الجوهرى الذى يجب أن يظهر فى تعريف القرض (أنظر النظره العامة التى تقدم ذكرها عن العقود المسماة) •

ويأخذ المشروع فى التعريف المقترح بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى كما سبق القول ، وهو ان الملك ينتقل بالعقد •

ولذلك جاء تعريف الفقه الاسلامي منصبا على محل العقد • فقد نصت المادة ٧٧٩ من مرشد الحيران على أن « القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التى تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها » • ونصت المادة ١/٢٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على أن « القرض عقد يرد على دفع مال مثلى لآخر ليرد مثله » • ونصت المادة ١١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « القرض اعطاء شئ متمول لنفع المعطى له فى نظير عوض مماثل مؤجل فى ذمة المعطى له • • • • • » • ونصت المادة ١٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلاميه على مذهب الامام احمد بن حنبل على أن « القرض دفع مال ارفاقا لمن ينتفع به ويرد مثله » •

والمادة المقترحة تتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٦٨٤ من التقنين العراقى التى تنص على ان « القرض هو أن يدفع شخص لاخر عينا معلومه من الاعيان المثلية التى تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها » •

وتتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٦٢٦ من التقنين الاردنى التى تنص على أن « القرض تمليك مال او شئ مثلى لآخر على ان يرد مثله قدرا ونوعا وصفه الى المقرض عند نهاية مدة القرض » •

وتقابل المادة ٥٤٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « القرض عقد يلتزم به المقرض أن يؤدى الى المقترض مبلغا من النقود أو أى شئ مثلى آخر على أن يرد اليه مثله نوعا وصفة وقدرا » •

(مادة ٥٣٥)

١ – من أقرض ملك غيره بدون اذنه ، كان قرضه موقوفا على اجازة المالك ، وتسرى عليه أحكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ •

هذه المادة مستحدثة •

والأحكام الواردة فيها تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى المادتين ١٢٧ و ١٢٨ / ٣ من المشروع •

وفى هذا التطبيق تقضى المادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملك الغير الواردة فى المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع • وقد روى ذكر الحكم الأساسى فى هذه الأحكام ، وهو أن يكون القرض موقوفا على اجازة المالك ، ثم الاشارة بتطبيق احكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ • وهذا هو ماتبعه المشروع بالنسبة الى العقود الأخرى التى تنطوى على تصرف فى ملك الغير بدون اذنه •

ولم يرد فى التقنين الحالى نص فى هذا الصدد • فقام خلاف فى الفقه حول حكم اقراض ملك الغير • حيث ذهب رأى الى تطبيق القواعد العامة ، مادام لم يرد فى عقد القرض نص مماثل للنص الوارد فى عقد البيع (م ٤٦٦ مدنى) والنص الوارد فى عقد الهبة (م ٤٩١ مدنى) يقضى بان اقراض ملك الغير قابل للأبطال ، ومن ثم يكون عقد القرض قابلا للفسخ بناء على طلب المقترض اذا لم يف المقرض بالتزامه • بينما ذهب راى اخر الى أن اقراض ملك الغير يقاس على بيع ملك الغير فيكون قابلا للابطال • وهذا الخلاف ليس له مجال فى ظل احكام المشروع اذ ان حكم اقراض ملك الغير قد ورد النص عليه تطبيقا للقاعدة العامة فيما يتعلق بالتصرف فى ملك الغير بدون اذنه •

أنظر فى الفقه الاسلامى : العقد الموقوف لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه ، وهو تصرف الفضولى بالمعنى المقصود فى هذا الفقه :المغنى ج ٤ طبعة ثالثه ص ٢٠٥ و ٢٠٦ • بدايه المجتهد لابن رشد طبعةالخانجى ج٢ ص١٤٣ و ١٤٤ • عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ٤ ص ٢٠٠ – ٢١٢ •

(مادة ٥٣٦)

١ – يجب على المقرض ان يسلم الشئ المقرض الى المقترض ، ولا يجوز له ان يطالبه برد المثل الا عند انتهاء القرض •

٢ – واذا هلك الشئ قبل تسليمه الى المقترض ، كان الهلاك على المقرض •

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٩ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « الشئ المقترض » بعبارة « الشئ موضوع العقد » لدفع شبهة أن محل العقد هو الشئ ، اذ أن المحل هو انتقال ملكية مبلغ من النقود أو اى شئ مثلى آخر كما سبق القول •

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٤ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يجب على المقرض أن يسلم الشئ موضوع القرض الى المقترض وقت تمام العقد ، مالم يتم الاتفاق على تسليمه فى وقت آخر •

٢ – فاذا هلك الشئ قبل تسليمه كان هلاكه على المقرض » •

وتقابل المادة ٦٨٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يملك المستقرض العين المقترضه بالقبض ، ويثبت فى ذمته مثلها •

٢ – فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض ، فلا ضمان على المستقرض » •

وتقابل المادة ٦٣٧ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – يتوقف تمام عقد القرض على قبض المال أو الشئ المستقرض ، ويثبت فى ذمة المستقرض مثله •

٢ ـ فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٢٣) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤١٥ ـ ٤١٧ .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٧٨٠ من مرشد الحيران على ما يأتى : « انما تخرج العين المقترضة من ملك المقرض وتدخل فى ملك المستقرض اذا قبضها ، فيثبت فى ذمة المستقرض مثلها لاعينها ولو كانت قائمة . فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض » .

ونصت المادة ٢٣١/أ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أن « يملك المستقرض القرض بمجرد القبض » .

وعلى خلاف ذلك نصت المادة ١٢٠/١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « يملك المقترض القرض ملكاتا مابالعقد ولو لم يقبضه من المقرض » .

وظاهر من النصوص أن القرض فى المشروع ، كما هو فى مذهب الامام مالك ، وفى التقنين الحالى ، وفى التقنين الكويتى ، عقد رضائى يتم بمجرد تلاقى الايجاب والقبول . أما فى التقنين العراقى والتقنين الاردنى فالقرض ، على غرار المذهب الحنفى ، عقد عينى لايتم الا بتسليم الشىء المقترض الى المقترض .

أما عن عدم جواز المطالبة برد المثل الا عند انتهاء القرض فسنده الشرعى ما نصت عليه المادة ١٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك من أنه « اذا كان للقرض أجل مضروب أومعتاد وجب على المقترض رده للمقرض اذا انقضى ذلك الاجل ولو لم ينتفع به، واذا لم يكن له اجل فلا يلزم رده الابعد ان ينتفع به الانتفاع المعتاد » .

(مادة ٥٣٧)

يقع باطلا كل شرط بزيادة فى العوض يؤديها المقترض الى المقرض.

هذه المادة مستحدثة .

والغرض منها بطلان كل شرط فى عقد القرض يفرض على المقترض أن يؤدى الى المقرض مايزيد على الشىء المقترض ، أيا كان نوع هذه الزيادة مادامت تنطوى على منفعة للمقرض ، لأنها من الربا المحرم بالاجماع . كان تشترط فوائد لمبلغ القرض . أو يكون الشىء القرض حنطة ، فيشترط رد ما يزيد عليه فى مقداره أورد ما يفضله فى نوعه.

وفى هذا المعنى نصت المادة ٢٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على ما يأتى : « اذا اقترن القرض بشرط يلغو الشرط ، وصح القرض ، ولزم المقترض رد مثل ما قبضه » (انظر ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٢) .

ونصت المادة ١١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى : « يفسد عقد القرض باشتمال عوضه على زيادة شرطت فى العقد أو جرى بها العرف فى بلد العقد ، ولا حق للمقترض فى المطالبة بهذه الزيادة مهما طال بقاء رأس المال فى ذمة المقترض » (انظر الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٦) .

وجاء فى المادة ١٦٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل ان من الشروط المنهى عنها فى القرض شرط تحصيل منفعة للمقترض ، وشرط المقترض ان يوفى المقرض انقص مما اقرض (انظر كشاف القناع ص ١٢٨ و ١٢٩) .

ولهذا فان المشروع ، جريا على خطته فى تحريم الربا ، اغفل نصوص التقنين الحالى التى تتحدث عن الفوائد فى عقد القرض (م ٥٤٢ و ٥٤٤ مدنى) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٤٠ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا اشترط فى عقد القرض منفعة زائده على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض لغا الشرط وصح العقد » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٧ من التقنين الكويتى التى تنص على على ما يأتى .

« ١ ـ يكون اقراض الافراد بغير فائدة . ويقع باطلا كل شرط يقضى بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته .

٢ ـ ويعتبر فى حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض » .

(مادة ٥٣٨)

اذا استحق الشىء المقترض ، فلا ضمان على المقرض ، الا ان يكون قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، وفى هذه الحالة يقضى القاضى للمقترض تعويضا عادلا عما اصابه من الضرر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤٠ من التقنين الحالى التى تنص على انه «اذا استحق الشىء ، فان كان القرض بأجر سرت أحكام البيع ،والا فأحكام العارية » .

وقد عدلت هذه المادة باغفال حالة القرض بأجر ، لان اشتراط الاجر باطل طبقا لحكم المادة السابقة ، اذ هو من قبيل الربا المحرم . كما روى ذكر حكم الاستحقاق فى القرض بدلا من الاحالة على أحكام العارية. وهذا الحكم يتسق مع ما سبق تقريره فى الهبة . (انظر المادة ٤٦٦من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٥ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « اذا استحق الشيء المقترض سرت فى ذلك أحكام العارية » .

وتقابل المادة ٦٤١ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا استحق المال المقرض وهو قائم فى يد المقترض سقط التزامه برد مثله ، وله تضمين المقرض ما قد يلحقه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق اذا كان سيء النية » .

وتقابل المادة ٦٨٨ من التقنين العراقى ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٠ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة والمادة التى تليها ما جاء فى بداية المجتهد لابن رشد (ج ٢ : ص ١٥٣) من أن العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة فلا خلاف فى أنه لا تأثير للعيب فيها ، والقاعدة ان الاستحقاق كالعيب فى الحكم .

(مادة ٥٣٩)

١ - اذا ظهر فى الشيء المقترض عيب خفى ، واختار المقترض استبقاءه ، فلا يلزمه ان يرد الا قيمته معيبا .

٢ - واذا كان المقترض قد تعمد اخفاء العيب ، فيكون للمقترض ان يطلب التعويض عما اصابه من الضرر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا ظهر فى الشيء عيب خفى وكان القرض بغير أجر واختار المقرض استبقاء الشيء فلا يلزمه ان يرد الا قيمة الشيء معيبا .

٢ - اما اذا كان القرض بأجر ، او كان بغير أجر ولكن المقرض قد تعمد اخفاء العيب ، فيكون للمقترض ان يطلب اما اصلاح العيب واما استبدال شيء سليم بالشيء المعيب » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - حذفت من الفقرة الاولى عبارة « وكان القرض بغير أجر » ، لان القرض يجب أن يكون دائما بغير أجر . فاذا اشترط فيه أجر وقع الشرط باطلا ، لان الاجر يعتبر ربا محرما طبقا لحكم المادة ٥٢٧ كما عدلت هذه الفقرة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

٢ - حذفت من الفقرة الثانية عبارة « القرض بأجر أو كان بغير اجر » ، لان القرض يجب أن يكون دائما بغير أجر .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٥٤٦ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - اذا ظهر فى الشيء عيب واختار المقترض استبقاءه فلا يلزمه أن يرد الا قيمة الشيء معيبا .

٢ - فاذا كان المقرض قد تعمد اخفاء العيب فانه يكون مسئولا عما يسببه العيب من ضرر » .

وتقابل المادة ٦٤٢ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « اذا ظهر فى المال المقترض عيب خفى فلا يلتزم المقترض الا برد قيمته معيبا » .

وتقابل المادة ٦٨٧ من التقنين العراقى ، وهى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٤١ من التقنين المصرى الحالى .

انظر السند الشرعى للمادة السابقة .

(مادة ٥٤٠)

ينتهى القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه . واذا لم يعين العقد اجلا للقرض ، اتبع فى شانه حكم المادة ٢٦٠ .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤٣ من التقنين الحالى التى على آن « ينتهى القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه » .

وفى المادة المقترحة أضيفت الى نص التقنين الحالى عبارة « واذا لم يعين العقد اجلا للقرض ، اتبع فى شانه حكم المادة ٢٦٠ » ، وقد كان نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يتضمن هذه العبارة فى المادة ٧٢٩ منه وحذفتها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٢١ - ٤٢٣) . ولكن رؤى ان من الأفضل اضافتها . فهى تحسم خلافا فى الفقه عند عدم تعيين أجل للقرض فيما اذا كان الرد يصبح واجبا عند أول طلب من المقرض او عند الميسرة . وظاهر ان الدفع عند الميسرة اعدل فى هذه الحالة ، اذ الاحالة على المادة ٢٦٠ من المشروع تخول القاضى تعيين ميعاد مناسب لحلول الاجل مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . وهذا هو الذى يتفق مع الحكمة من القرض واصل شرعته فى الفقه الاسلامى . فالقرض كما تقول المادة ١٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، « دفع مال ارفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله» . وعن أبن مسعود ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما من مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين الا كان كصدقة مرة » ، (الشرح الكبير ص ٣٥٢ ، كشاف القناع ص ١٣٥ و ١٣٦) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٤٨ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ على المقترض أن يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو بسقوطه .

٢ ـ فاذا لم يتفق على أجل ، أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسبا للرد وفقا للظروف » .

وتقابل المادة ٦٤٣ من التقنين الاردنى التى تنص على انه « اذا كان للقرض أجل فليس للمقترض استرداده قبل حلول الاجل. وان لم يكن له أجل فلا يلتزم المقرض برده الا اذا انقضت مدة يمكنه فيها ان ينتفع به الانتفاع المعهود فى أمثاله » .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة قدرا ووصفا فى الزمان والمكان المتفق عليهما .

٢ ـ فاذا لم يتفق على الزمان كان للمقرض أن يسترده فى اى وقت.

٣ ـ واذا لم يتفق على المكان كان الرد واجبا فى مكان العقد » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه « اذا كان للقرض أجل مضروب أو معتاد وجب على المقترض رده للمقرض اذا انقضى ذلك الأجل ولو لم ينتفع به ، واذا لم يكن له أجل فلا يلزمه رده الا بعد أن ينتفع به الانتفاع المعتاد فى أمثاله » .

ونصت المادة ١٦٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه « يثبت عوض القرض فى الذمة حالا وان شرط فيه أجل ». (انظر المذكرة الايضاحية لهذا النص . وفيها ان للمقرض طلب بدل القرض فى الحال) .

ويلاحظ أن المشروع قد أغفل تنظيم الدخل الدائم ، مخالفا فى ذلك التقنين الحالى ، وذلك نظرا الى أن الصورة الغالبة فى التطبيق العملى أن يكون العقد الذى يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض بفائدة .

الفصل السادس

الصلح

١ ـ اركان الصلح .

(مادة ٥٤١)

الصلح عقد يحسم الطرفان بمقتضاه نزاعا قائما أو يتوقيان نزاعا محتملا ، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه.

هذه المادة ، فيما عدا اختلاف لفظى بسيط ، تطابق المادة ٥٤٩ من التقنين الحالى التى تنص على ان « الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه » .

وسواء فى النص المقترح أو فى نص التقنين الحالى ، فان التعريف يبرز محل العقد ، وهو ما يتفق مع الخطة التى جرى عليها المشروع . اذ ان هذا المحل ، وهو العملية القانونية المقصودة من عقد الصلح ، هو حسم نزاع قائم أو اتقاء نزاع محتمل ، وذلك بان ينزل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه .

والمادة المقترحة تتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٥٥٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٦٩٨ من التقنين العراقى التى تنص على أن « الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضى » .

وتقابل المادة ٦٤٧ من التقنين الاردنى ، وهى تطابق النص العراقى.

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٣٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٤٠.

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٥٣١ ـ ١٥٣٤ من المجلة ، و م ١٠١٤ من مرشد الحيران ، و م ٨١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، و م ٢٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، و م ٢٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، و م ٢٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى .

(مادة ٥٤٢)

يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٠ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٦٩٩ من التقنين العراقى.

وتطابق المادة ٥٥٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٦٤٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض فى الحقوق التى يشملها عقد الصلح .

٢ ـ وتشترط أهلية التبرع اذا تضمن الصلح اسقاط شىء من الحقوق » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٣٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٤٥ و ٤٤٦

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٥٣٩ – ١٥٥٥ من المجلة ، و م ١٠٢٦ – ١٠٣٢ من مرشد الحيران ، و م ٢٤٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل، و م٢٥٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(مادة ٥٤٣)

لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام . ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية ، أو التى تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥١ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى ، حيث تنص على أنه « لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية ، أو التى تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم » .

وقد حذفت من نص التقنين الحالى عبارة « بالحالة الشخصية » لأن الحالة الشخصية تدخل فى المسائل المتعلقة بالنظام العام .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢/٧٠٤ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٥٥٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكنه يجوز الصلح على الحقوق المالية المترتبة عليها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٣٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ص ٤٤٥ و ٤٤٦ .

وانظر فى الفقة الاسلامى : م ٨١٨ و ٨٢٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، وم ٢٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، و م ٢٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعى .

(مادة ٥٤٤)

لا يثبت الصلح الا بالكتابة أو بمحضر رسمى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧١١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٤١) ومناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٧ و ٤٤٨ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما تدعو اليه الشريعة الاسلامية من وجوب الكتابة لرفع النزاع وملافاة الاضرار التى تنجم عن ضعف ذاكرة الشهود . وذلك فى قوله سبحانه وتعالى : « يأيها الذين أمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » .

(٢) آثار الصلح :

(مادة ٥٤٥)

١ – تنحسم بالصلح المنازعات التى تناولها .

٢ – ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها اى من المتعاقدين نزولا نهائيا .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٣ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٥٦ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧١٢ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « اذا تم الصلح، فلا يجوز لأحد من المتصالحين الرجوع فيه. ويملك المدعى بالصلح بدله وتسقط دعواه » .

وتقابل المادتين ٦٥٥ و ٦٥٦ من التقنين الأردنى :

فالمادة ٦٥٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

« ١ – يترتب على الصلح انتقال حق المصالح الى البدل المصالح عليه وسقوط حقه الذى كان محل النزاع .

٢ – ويكون ملزما لطرفيه ولا يسوغ لأيهما أو لورثته من بعده الرجوع فيه » .

والمادة ٦٥٦ تنص على أن « يقتصر أثر الصلح على الحقوق التى تناولها وحسم الخصومة فيها دون غيرها » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٤٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٠ و ٤٥١ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ١٥٥٦ – ١٥٥٩ من المجلة ، و م ١٠٣٣ – ١٠٣٧ من مرشد الحيران ، و م ٨٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، و م ٢٦٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، و م ٢٥٥ و ٢٥٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

(مادة ٥٤٦)

للصلح أثر كاشف بالنسبة الى ماتناوله من الحقوق . ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٤ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٥٥٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧١٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

١ – الصلح عن انكار أو سكوت ، هو فى حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة .

٢ – فتجرى الشفعة فى العقار المصالح عليه . ولا تجرى فى العقار المصالح عنه » .

وتقابل المادة ٣/٦٥٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه « اذا وقع عن انكار أو سكوت فهو فى حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه افتداء لليمين وقطع للخصومة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٤٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٥٣ و ٤٥٤ .

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ٨٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة .

(مادة ٥٤٧)

يجب أن تفسر عبارات النزول التى يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا ، وأيا كانت تلك العبارات فان النزول لا ينصب الا على الحقوق التى كانت وحدها بصفة جلية محلا للنزاع الذى حسمه الصلح .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « النزول » بكلمة « التنازل » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢/٥٥٧ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٤٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٥٦ .

وحكم المادة المقترحة ، وهو يوجب تحرى الدقة فى تحديد الحقوق التى حسم الصلح النزاع فى شأنها ، يقره الشرع الاسلامى .

٣ – بطلان الصلح

(مادة ٥٤٨)

١ – الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله .

٢ – على أن هذا الحكم لا يسرى اذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٢٠ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٠ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٥٢) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦٥ .

ويلاحظ أن المشروع اغفل نص المادة ٥٥٦ من التقنين الحالى الذى يقضى بانه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون » . فهذا النص يورد استثناء من القواعد العامة ينتقده الفقه الحديث ، فليس هناك مبرر معقول للخروج على القواعد العامة فى الغلط فى الصلح وجعل الغلط فى القانون لا يؤثر فى صحة العقد . وبهذا الاغفال يصبح من الجائز الطعن فى الصلح بسبب الغلط ، سواء كان غلطا فى الواقع أو غلطا فى القانون ، شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر .

الباب الثانى

العقود التى ترد على المنفعة

الفصل الأول

عقد الايجار

الفرع الأول

الايجار بوجه عام

(١) أركان الايجار

(مادة ٥٤٩)

الايجار عقد ينتفع المستأجر بمقتضاه بشىء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم .

هذه المادة تقابل المادة ٥٥٨ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الايجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشىء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالى أنه يعرف الايجار بالتزام يقع على عاتق المؤجر . مع أن الالتزام أثر للعقد . ويجب أن ينصب التعريف على محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة منه . والعملية القانونية المقصودة من الايجار هى انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، أى حصوله على منفعة العين حيث يرتب عقد الايجار التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء التعريف فى المادة المقترحة على نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه ، وهى الشىء المؤجر والأجرة والمدة .

والمادة المقترحة تتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٦٥٨ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « الايجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشىء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم » .

وتقابل المادة ٧٢٢ من التقنين العراقى التى تنص على أن « الايجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة ، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالماجور » .

وتقابل المادة ٥٦١ من التقنين الكويتى التى تتفق مع المادة ٥٥٨ من التقنين المصرى الحالى .

والتعريف الوارد فى المادة المقترحة يتفق فى جوهره مع تعريف الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٠٥ من المجلة على ان « الاجارة بيع المنفعة المعلومة فى مقابل عوض معلوم » . ونصت المادة ٥٦٤ من مرشد الحيران على أن « عقد الاجارة هو تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة فى الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجره » . ونصت المادة ٢٤٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفه على أن « الاجارة عقد لتمليك نفع يقصد شرعا من العين بعوض » . ونصت المادة ٤٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « الاجارة عقد على تمليك منفعة فى نظير عوض بما يدل على التمليك » .

(مادة ٥٥٠)

لايجوز لمن ليس له الا الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته على ثلاث سنين الا باذن ممن يملكه . فاذا عقد الايجار لمدة أطول من ذلك ، انقصت المدة الى ثلاث سنين . كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٥٩ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « لا يجوز لمن لا يملك الا حق الادارة أن يعقد ايجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة . فاذا عقد الايجار لمدة أطول من ذلك ، أنقصت المدة الى ثلاث سنوات . كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره » .

وقد أدخلت على نص التقنين الحالى تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٥٦٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧٢٤ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٥٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان تقييد سلطة من ليس له الا الادارة فى التأجير لمدة لاتزيد على ثلاث سنين مما يملكه ولى الأمر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة هى المحافظة على حقوق مالك العين المؤجرة . فاذا رأى من يتولى الادارة أن المصلحة تقتضى التأجير لمدة أطول كان عليه أن يحصل على اذن ممن يملكه .

ويلاحظ أنه فى الفقه الاسلامى يرى الشافعى أن المالك ليس له أن يؤجر الا لمدة معقولة حددها بعض أصحابه بسنة وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة . والحجة فى ذلك أن ما زاد على هذه المدة لا تدعو اليه الحاجة لا سيما وأن الأسعار تتغير من زمن الى زمن . ويتخرج على هذا التقييد بالنسبة الى من لا يملك الا الادارة من باب الأولى (راجع المغنى لابن قدامة ج٥ ص٣٢٤) .

انظر فيما يتعلق باجارة الوقف المادة ٦٧٠ من مرشد الحيران .

(مادة ٥٥١)

الايجار الصادر ممن له حق الانتفاع يكون بعد انقضاء هذا الحق موقوفا على اجازة المالك . فاذا لم يجزه المالك بطل ، وفى هذه الحالة يجب أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل المحصول .

هذه المادة تقابل المادة ٥٦٠ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « الاجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضى بانقضاء هذا الحق اذا لم يجزها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة » .

وقد عدل نص التقنين الحالى ، بحيث اذا صدر الايجار ممن له حق الانتفاع ، ثم انقضى هذا الحق قبل أن تنتهى مدة الايجار ، فان الايجار فى المدة الباقية منه يكون موقوفا على اجازة المالك . اذ أن الايجار لا ينقضى بانقضاء حق الانتفاع ، والا لما صح أن ترد عليه الاجازة ، فهو يظل قائما ولكنه يكون موقوفا على اجازة المالك . فاذا أجازه المالك نفذ ، واذا لم يجزه بطل ، وفى هذه الحالة لايجوز اخراج المستاجر فورا ، وانما يجب أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل المحصول . حيث يلاحظ أن المنتفع فيما يتعلق بالمدة الباقية من الايجار بعد انقضاء حقه يكون قد تصرف فى ملك غيره بدون اذنه ، ومن ثم يكون الايجار فى المدة الباقية منه موقوفا على اجازة المالك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١/٥٦٣ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « الايجار الصادر ممن له حق الانتفاع لاينفذ بعد انقضاء هذا الحق فى مواجهة مالك الرقبة ما لم يقره ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنضج المحصول القائم ونقله » .

وتقابل المادة ٧٣٢ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٦٠ من التقنين المصرى الحالى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو القاعدة التى تقضى بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل الى غيره الا بمقدار ما يملك ، وقد جرى عليها الفقهاء . والمنتفع فيما يتعلق بالمدة الباقية من الايجار بعد انقضاء حقه يكون قد تصرف فى ملك غيره بدون اذنه . انظر فى هذا المعنى للتعليق الموجود فى مرشد الحيران على المادة ٦٢٦ .

(مادة ٥٥٢)

من اجر ملك غيره بدون اذنه ، كانت اجازته موقوفة على اجازة المالك، وتسرى عليها احكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المادة مستحدثة .

ولم يتضمن التقنين الحالى نصا فى خصوص ايجار ملك الغير ، على خلاف مانص عليه فى خصوص بيع ملك الغير الذى اعتبره الشارع فى هذا التقنين قابلا للابطال لصالح المشترى وغير نافذ فى حق المالك (م ٤٦٦ مدنى) . ولذلك فالرأى فى ظل هذا التقنين هو تطبيق القواعد العامة على ايجار ملك الغير ، فيكون صحيحا فيما بين طرفيه ، ولكنه لاينفذ فى حق المالك .

واحكام المادة المقترحة تطبيق للقاعدة العامة التى أخذ بها المشروع فيما يتعلق بالعقد الموقوف ، وذلك فى المادتين ١٢٧ و ٣/١٢٨ من المشروع . فقد نصت المادة ١٢٧ على أن يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا كان تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه . ونصت المادة ٣/١٢٨ على أنه اذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه ، كانت اجازته للمالك .

وفى هذا التطبيق تقضى المادة المقترحة بسريان أحكام بيع ملك الغير الواردة فى المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وقد رئى ذكر الحكم الأساسى فى هذه الأحكام ، وهو أن تكون الاجازة موقوفة على اجازة المالك ، ثم الاشارة بتطبيق أحكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ . هذا هو ما اتبعه المشروع بالنسبة الى العقود الأخرى التى تنطوى على تصرف فى ملك الغير بدون اذنه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٢٥ من التقنين العراقى التى تنص على أن « تنعقد اجارة الفضولى موقوفة على اجازة المالك . فان كان هذا صغيرا أو محجورا ، وكانت الأجرة ليس فيها غبن فاحش ، انعقدت اجارة الفضولى موقوفة على اجازة الولى » .

وتقابل المادة ٢/٦٦٠ من التقنين الأردنى التى تنص على أن « ينعقد ايجار الفضولى موقوفا على أجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتبرة » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع مايقرره الفقه الاسلامى : فقد نصت المادة ٤٤٧ من المجلة على ما يأتى « تنعقد اجارة الفضولى موقوفة على اجازة المتصرف » .

(مادة ٥٥٣)

يجوز أن تكون الأجرة نقودا ، كما يجوز أن تكون اى اداء مالى آخر .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٦١ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « يجوز أن تكون الأجرة نقودا ، كما يجوز أن تكون أى تقدمة آخرى » .

وقد عدل هذا النص تعديلا لفظيا ، وذلك باستبدال عبارة « أى أداء مالى آخر » بعبارة « اى تقدمة أخرى » .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٣٦ من التقنين العراقى التى تنص على أنه « يصح أن تكون الأجرة نقودا ، كما يصح أن تكون اى مال آخر » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٦٦٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أنه « يجوز أن يكون بدل الايجار عينا أو دينا أو منفعة وكل ما صلح ثمنا فى البيع » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٤ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه « يجوز أن تكون الأجرة نقودا ، كما يجوز أن تكون أى تقدمة مالية آخرى » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٥٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٦ .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٦٣ من المجلة على أن « ما صلح أن يكون بدلا فى البيع يصلح ان يكون بدلا فى الاجارة . ويجوز أن يكون بدلا فى الاجارة الشىء الذى لم يصلح أن يكون ثمنا . مثلا يجوز أن يستاجر بستان فى مقابلة دابة أو سكنى دار » . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « بدل الاجارة يكون معلوما بتعيين مقداره ان كان نقدا كثمن المبيع » ونصت المادة ٤٦٥ على أنه « يلزم بيان مقدار بدل الاجارة ووصفه ان كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة » .

(مادة ٥٥٤)

١ - يشترط أن تكون الأجرة معلومة علما نافيا للجهالة والغرر .

٢ - اذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة او على كيفية تقديرها ، أو اذا تعذر اثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهى تقرر الأصل فى الحكم والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٥٦٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٣٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٥ من التقنين الكويتى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٦٣ والمادة ٢/٦٦٤ من التقنين الأردني :

فالمادة ٦٦٣ من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط أن يكون بدل الايجار معلوما وذلك بتعين نوعه ومقداره ان كان من النقود وبيان نوعه ووصفه وتحديد مقداره ان كان من غير النقود » .

والمادة ٢/٦٦٤ تنص على أنه « اذا كان بدل الايجار مجهولا جاز فسخ الاجارة ولزم أجر المثل عن المدة الماضية قبل الفسخ » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٥٩) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٧ و ٤٧٨ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٦٣ من المجلة على أن « فساد الاجارة ينشأ بعضه عن كون البدل مجهولا وبعضه عن فقدان شرائط الصحة الأخرى . ففى الصورة الأولى يلزم أجر المثل بالغا ما بلغ . وفى الصورة الثانية يلزم أجر المثل بشرط الا يتجاوز الأجر المسمى » . أنظر م ٦٩١ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٥٥)

تبدأ مدة الايجار من الوقت المعين فى العقد ، فاذا لم يعين فمن تاريخ العقد .

هذه المادة مستحدثة .

وهى تتفق مع المادة ٧٣٩ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٦٩ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٥٦٦ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٨٥ من المجلة على أن « ابتداء مدة الاجارة يعتبر من الوقت الذى سمى أى عين وذكر عند العقد » . ونصت المادة ٤٨٦ على أنه « ان لم يذكر ابتداء المدة حين العقد يعتبر من وقت العقد » . أنظر المادة ٥٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٥٦)

١ – يشترط أن تكون مدة الايجار معلومة .

٢ – فاذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة او تعذر اثبات المدة المدعاة ، اعتبر الايجار منعقدا للفترة المعينة لدفع الأجرة . وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين اذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالاخلاء فى المواعيد الآتى بيانها :

(أ) فى الأراضى الزراعية والأراضى البور اذا كانت المدة المعينة لدفع الأجرة ستة أشهر أو أكثر ، يكون التنبيه قبل انتهائها بثلاثة أشهر . فاذا كانت المدة أقل من ذلك وجب التنبيه قبل نصفها الأخير ، مع مراعاة حق المستأجر فى المحصول وفقا للعرف .

(ب) فى المنازل والحوانيت والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما الى ذلك اذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة أربعة أشهر أو أكثر ، وجب التنبيه قبل انتهائها بشهرين . فاذا كانت الفترة أقل من ذلك ، وجب التنبيه قبل نصفها الأخير .

(ج) فى المساكن والغرف المؤثثة وفى أى شىء غير ما تقدم اذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة شهرين او اكثر ، وجب التنبيه قبل نهايتها بشهر . فاذا كانت أقل من ذلك ، وجب التنبيه قبل نصفها الأخير .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة ، وهى تقرر الأصل فى الحكم .

والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٥٦٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٤١ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٥٦٧ من التقنين الكويتى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا عقد الايجار دون تحديد لمدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر اثبات مدته اعتبر الايجار منعقدا للمدة المحددة لدفع الاجرة .

٢ – وينتهى الايجار بانقضاء هذه الفترة اذا نبه أحد المتعاقدين على الآخر بالاخلاء قبل نصفها الأخير على الا يزيد ميعاد التنبيه على ثلاثة أشهر » .

وتقابل المادة ٦٧٠ من التقنين الاردنى التى تنص على ما يأتى :

« اذا لم تحدد مدة لعقد الايجار وقد جرى العرف باجرة معينة لكل وحدة زمنية انعقد لازما على وحدة زمنية واحدة ولكل من الطرفين فسخه فى نهايتها ، وكلما دخلت وحدة اخرى والطرفان ساكتان تجدد العقد لازما عليها .

واذا حدد الطرفان مدة لدفع الأجرة فى تلك الحالة اعتبر الايجار منعقدا لتلك المدة وينتهى بانتهائها » .

أنظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦١) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٤٨٢ و ٤٨٣

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٤٩٤ من المجلة على أنه « لو استؤجر عقار شهريته كذا درهم من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد، لكن عند ختام الشهر الأول لكل من الآجر والمستاجر فسخ الاجارة فى اليوم الأول وليلته من الشهر الثانى الذى يليه . وأما بعد مضى اليوم الأول وليلته فليس لهما ذلك . وان قال احد العاقدين فى أثناء الشهر فسخت الاجارة تنفسخ فى نهاية الشهر . وان قال فى أثناء الشهر فسخت الاجارة اعتبارا من ابتداء الشهر الآتى تنفسخ عند حلوله . وان كانت قد قبضت أجرة شهرين أو ازيد فليس لأحدهما فسخ اجارة الشهر المقبوض أجرته » .

(مادة ٥٥٧)

اذا كان الايجار مؤبدا ، أو اذا عقد لمدة تزيد على ثلاثين سنة جاز انهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين ، مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها فى المادة السابقة . ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة مستحدثة .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين الحالى يتضمن نصا مماثلا (م ٧٦٠ فقرة أولى) . ولكن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب حذفته دون ان تشير الى هذا الحذف فى تقريرها (مجموعة

الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨١ في الهامش) . فادى هذا الى القياس على الحكر الذى لايجوز ان تزيد مدته على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) .

ولذلك رئى النص على الحكم الوارد فى المادة المقترحة لسد النقص الموجود فى التقنين الحالى .

فلا يجوز أن يكون الايجار مؤبدا . واذا كانت مدة الايجار تزيد على ثلاثين سنة ، فانه يكون فى حكم العقد المؤبد ، ومن ثم لايجوز. أما اذا كانت مدته لاتزيد على ثلاثين سنة ، فانه يبقى للقاضى حق التقدير فى ضوء الظروف . فقد لاتزيد مدته على ثلاثين سنة ، ومع ذلك يستطيع القاضى فى ضوء الظروف وما جرى به العرف بالنسبة الى العين المؤجرة أن يعتبره فى حكم العقد المؤبد فلا يجوز .

واذا عقد الايجار لمدة تزيد على الحد الجائز للتوقيت ، سواء عقد لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو عقد لمدة لاتزيد على هذا الحد ولكن اعتبره القاضى فى حكم العقد المؤبد ، فانه لايكون باطلا ، وانما تنقص المدة فيه الى الحد الجائز .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٤٠ فقرة أولى من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٧١ فقرة أولى من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٥٧٣ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٢ و ٤٨٣ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان تقييد مدة الايجار بما لا يجاوز ثلاثين سنة مما يملكه ولى الأمر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة هى المحافظة على حقوق كل من المؤجر والمستاجر .

وفى الفقه الاسلامى يرى الشافعى أن المالك ليس له أن يؤجر الا لمدة معقولة حددها بعض أصحابه بسنة وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة والحجة له فى ذلك أن مازاد على هذه المدة لاتدعو اليه الحاجة لاسيما وأن الأسعار تتغير من زمن الى زمن (راجع المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٣٢٤)

(٢) آثار الايجار

(مادة ٥٥٨)

يلتزم المؤجر أن يسلم المستاجر العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تصلح معها لأن تفى بالمنفعة المقصودة منها ، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٤ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يلتزم المؤجر ان يسلم العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تصلح معها لأن تفى بما أعدت له من المنفعة ، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين » .

وقد استبدلت عبارة « بالمنفعة المقصودة منها » الواردة فى المادة المقترحة بعبارة « بما أعدت له من المنفعة » الواردة فى نص التقنين الحالى ، تحريا للدقة فى التعبير .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٦٩ من التقنين الكويتى التى تنص على أن « يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وملحقاته فى حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٧٧ من التقنين الاردنى التى تنص على مايأتى :

« ١ - على المؤجر تسليم المأجور وتوابعه فى حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة .

٢ - ويتم التسليم بتمكين المستاجر من قبض المأجور دون مانع يعوق الانتفاع به مع بقائه فى يده بقاء متصلا حتى تنقضى مدة الايجار » .

وتقابل المادة ٧٤٢ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط تعجيله ، ان يسلم المأجور للمستاجر بالحالة التى عليها وقت العقد ، فان كانت قد تغيرت بفعله أو بفعل غيره تغيرا يخل بالمنفعة المقصودة ، فالمستاجر مخير ان شاء الله قبله وان شاء فسخ الاجارة » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٦

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ٥٢٣ و ٥٨٢ و ٥٨٤ و ٥٨٥ من المجلة والمواد ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٦٢٤ ، من مجلة الأحكام الشرعية .

مادة ٥٥٩

يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام ، وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٦٦ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٤٨ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٧١ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٨٠ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩١

وانظر فى الفقه الاسلامى : م ٤٧٤ و ٤٧٥ و ٥٠٣ و ٥٠٤ و ٥٢١ و ٥٨٤ و ٥٨٥ من المجلة .

وقد جاء فى المادة ٦٧٠ من مجلة الأحكام الشرعية أن « بذل العين المؤجرة اى عرضها على المستاجر لاستيفاء نفعها تسليم لها ، ولو امتنع المستاجر من استلامها بلا مانع » .

مادة ٥٦٠

١ - اذا سلمت العين المؤجرة فى حالة لاتكون فيها صالحة لأن تفى بالمنفعة المقصودة منها أو اذا نقصت هذه المنفعة نقصا كبيرا ، جاز للمستاجر ان يطلب المؤجر باجراء الترميم اللازم للعين أو يطلب فسخ العقد أو انقاص الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة ، مع التعويض فى جميع هذه الحالات ان كان له مقتض ،

٢ ـ فاذا كانت العين المؤجرة فى حالة من شانها ان تعرض صحة المستاجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه او عماله لخطر جسيم ، جاز للمستاجر ان يطلب فسخ العقد ، ولو كان قد سبق له ان نزل عن هذا الحق .

الفقرة الاولى من هذه المادة تتفق فى حكمها مع الفقرة الاولى من المادة ٥٦٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « اذا سلمت العين المؤجرة فى حالة لاتكون فيها صالحة للانتفاع الذى أجرت من أجله أو اذا نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، جاز للمستاجر ان يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة بقدر مانقص من الانتفاع مع التعويض فى الحالتين اذا كان لذلك مقتض » .

وقد ادخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان :

١ ـ اجرى تعديل لفظى ، حيث استبدلت عبارة « لان تفى بالمنفعة المقصودة منها » بعبارة « للانتفاع الذى أجرت من أجله » ، واستبدلت كلمة « المنفعة » بكلمة « الانتفاع » . وذلك حتى يتسق التعبير مع ما جاء فى المادة المقترحة السابقة .

٢ ـ اضيف ما يفيد أن للمستاجر الحق فى مطالبة المؤجر باجراء الترميم اللازم للعين لاستكمال ما يستطيع المستاجر أن يطالب به . اذ أن للمستاجر أساسا أن يطلب التنفيذ العينى اذا لم يعدل عنه الى طلب الفسخ أو انقاص الأجرة .

اما الفقرة الثانية من النص المقترح فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٥ من التقنين الحالى .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٠ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تقابل المادتين ٧٤٤ و ٧٤٥ من التقنين العراقى .

والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٧٤٩ من التقنين العراقى .

وهى تقابل المادة ٦٧٩ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٣) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ص٤٨٨ و٤٨٩ .

وفى الفقه الاسلامى : نصت المادة ٤٧٨ من المجلة على أنه « لو فات الانتفاع بالماجور بالكلية سقطت الأجرة . مثلا لو احتاج الحمام الى التعمير وتعطل فى أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الاجرة ، وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت يسقط الاجرة اعتبارا من وقت انقطاع الماء ، ولكن لو انتفع المستاجر بغير صورة الطحن من بيت الرحى يلزمه اعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الاجارة » .

(مادة ٥٦١)

١ ـ على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى صالحة لأن تفى بالمنفعة المقصودة منها ، فيقوم فى أثناء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية للانتفاع دون الترميمات التاجيرية .

٢ ـ وعليه أن يجرى الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص أو بياض ، وأن يقوم بنزح الآبار والمراحيض ومصارف المياه .

٣ ـ ويتحمل المؤجر التكاليف والضرائب المستحقة على العين المؤجرة . ويلتزم بثمن المياه اذا قدر جزافا ، فاذا كان تقديره « بالعداد » كان على المستاجر . أما ثمن الكهرباء والغاز وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصى فيتحمله المستاجر .

٤ ـ كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

الفقرة الأولى من هذه المادة تتفق فى حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التى سلمت بها ، وأن يقوم فى أثناء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات « التاجيرية » .

وقد أدخلت على هذه الفقرة التعديلات اللفظية الآتية :

١ ـ استبدلت عبارة « لتبقى صالحة لان تفى بالمنفعة المقصودة منها » بعبارة « لتبقى على الحالة التى سلمت بها » ، لكى يتسق التعبير مع ماورد فى المادتين السابقتين .

٢ ـ استبدلت كلمة « فيقوم » بعبارة « وأن يقوم » ، نظرا الى أن قيام المؤجر بجميع الترميمات الضرورية يعتبر نتيجة تترتب على التزامه بالصيانة وليس التزاما آخر حتى تبدأه بواو العطف .

٣ ـ أضيفت كلمة « للانتفاع » بعد عبارة « الترميمات الضرورية » ، لكى يتضح التميز بينها وبين الترميمات الضرورية لحفظ العين المؤجرة .

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة تطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالى .

أما الفقرة الرابعة من المادة المقترحة فتقابل الفقرة الرابعة من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » . وقد اضيفت عبارة « أو العرف » بعد كلمة « الاتفاق » لاستكمال الحكم . وقد كانت الفقرة الرابعة من المادة المقابلة فى المشروع التمهيدى (م ٧٦٥) تشتمل على هذه العبارة ، ولكنها حذفت بحجة أن المقرر فى النص هو ما جرى العرف به (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩٥ ـ ٤٩٧) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ١/٧٥٠ من التقنين العراقى التى تنص على ما ياتى : « على المؤجر اصلاح وترميم ما حدث من خلل فى المأجور أدى الى اخلال فى المنفعة المقصودة منه » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٧٣ من التقنين الكويتي التي تنص على ان « يلتزم المؤجر أن يتعهد المأجور بالصيانة ليبقى في حالة يصلح معها للانتفاع المقصود بان يقوم في أثناء مدة الايجار بجميع الاصلاحات الضرورية طبقا لما يقضى به العرف ، مالم يتم الاتفاق على غيره » .

وتتفق في حكمها مع ماجاء في المادة ١/٦٨١ من التقنين الاردني التي تنص على أن « يلزم المؤجر ان يقوم باصلاح مايحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة ... » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٦٥) وما ادخل عليه من تعديل في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ص ٤٩٤ ــ ٤٩٧ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي .

فقد نصت المادة ٥٢٩ من المجلة على ان « اعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة الى الآجر . مثلا تطهير الرحى على صاحبها ؛ كذلك تعمير الدار وطرق الماء واصلاح منافذه وانشاء الاشياء التي تخل بالسكنى وسائر الامور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار ، واذا امتنع صاحبها عن اعمال هؤلاء فللمستاجر أن يخرج منها الا أن يكون حين استئجارة اياها كانت على هذا الحال وكان قد رآها فانه حينئذ يكون قد رضى بالعيب فليس له إتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار بعد ، وان عمل هذه الاشياء المستاجر منه كانت من قبيل التبرع فليس له طلب ذلك المصروف من الآجر » .

ونصت المادة ٥٣٠ على أن « التعميرات التي انشاها المستاجر باذن الآجر أن كانت عائدة لاصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتنظيم الكرميت أي القرميد « وهو نوع آجر يوضع على السطوح لمحافظتها من المطر » فالمستاجر يأخذ مصروف مثل هذه التعميرات من الآجر وان لم يجر بينهما شرط على أخذه ، وان كانت عائدة لمنافع المستاجر فقط كتعمير المطابخ فليس للمستاجر أخذ مصروفها مالم يذكر شرط أخذه بينهما » .

انظر كذلك المادة ٦٢٨ من مرشد الحيوان .

مادة ٥٦٢

١ ــ اذا لم يقم المؤجر بعد اعذاره بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادتين ٥٥٨ و ٥٦١ ، جاز للمستاجر أن يحصل على اذن من القضاء في اجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة بنفسه وفي استيفاء ما ينفقه استنزالا من الاجرة ، وهذا دون اخلال بحقه في طلب الفسخ أو انقاص الاجرة .

٢ ــ ويجوز للمستاجر دون حاجة الى اذن من القضاء أن يقوم باجراء الترميمات المستعجلة أو الترميمات البسيطة مما يلتزم به الأجر ، سواء كان العيب موجودا وقت بدء الانتفاع او طرا بعد ذلك ، اذا لم يقم المؤجر بعد اعذاره بتنفيذ هذا الالتزام في ميعاد مناسب ، على أن يستوفي المستاجر ما انفقه استنزالا من الأجرة .

٣ ــ واذا كانت نفقات الترميمات باهظة لاتتناسب مع الاجرة ، يعفى المؤجر من التنفيذ العيني ، ولا يكون للمستاجر الا طلب الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتض .

الفقرة الاولى من هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٥٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا تأخر المؤجر بعد اعذاره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادة السابقة ، جاز للمستاجر ان يحصل على ترخيص من القضاء في اجراء ذلك بنفسه وفي استيفاء ما انفقه استنزالا من الاجرة ، وهذا دون اخلال بحقه في طلب الفسخ او انقاص الاجرة » .

وقد ادخل على هذه الفقرة التعديلان الآتيان :

١ ــ استبدلت عبارة « بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادتين ٥٥٨ و ٥٦١ بعبارة » بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادة السابقة » . وذلك لكي يشمل الحكم الاخلال بالالتزام بالتسليم المنصوص عليه في المادة ٥٥٨ من المشروع ، وكذلك الاخلال بالالتزام بالصيانة المنصوص عليه في المادة ٥٦١ من المشروع . وهذا في الواقع ما تقضى به القواعد العامة في ظل التقنين الحالي وفي ظل المشروع ، مع اضافة حق المستاجر في أن يستوفي ما أنفقه استنزالا من الاجرة .

٢ ــ اجريت تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة المقترحة حيث استبدلت كلمة « اذن » بكلمة « ترخيص » ، واستبدلت عبارة « في اجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة بنفسه » بعبارة « في اجراء ذلك بنفسه » ، واستبدلت كلمة « ينفقه » بكلمة « أنفقه » .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « اذن » بكلمة « ترخيص » ، واستبدال كلمة « استنزالا » بكلمة « خصما » .

أما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحدثة .

وهي تواجه حالة تكون الاجرة فيها زهيدة نظرا الى حالة العين المؤجرة ، أو تكون الاجرة محددة بمقتضى تشريع آمر ، حيث لا يكون من العدل أن يلزم المؤجر بما يلزم من ترميم لاصلاح العين اذا كانت نفقات هذا الترميم باهظة بحيث لا تتناسب مع الاجرة ، ومن ثم يقتصر حق المستاجر على طلب الفسخ او انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتض . وذلك لان النص يفترض أن نفقات الترميم تتناسب مع الاجرة ، اذ يقتضي بأن يكون للمستاجر ان يستوفيها استنزالا من الاجرة . واتساقا مع حالة العيب في العين المؤجرة ، حيث يشترط في الزام المؤجر باصلاح العيب الا يكون من شان هذا الاصلاح أن يبهظ المؤجر . واتساقا مع هو مقرر في التنفيذ العيني من أنه اذا كان في هذا التنفيذ ارهاق للمدين ، جاز للقاضي أن يقصر حق الدائن على دفع تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما . وهذا المعيار الاقتصادي هو الذي ينادي به الفقه في الوقت الحاضر .

والفقرتان الاولى والثانية من المادة المقترحة تتفقان فى الحكم مع المادة ٥٧٣ من التقنين الكويتى .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢/٧٥٠ من التقنين العراقى التى تنص على مايأتى : « واذا امتنع المؤجر من الترميم ، كان للمستاجر أن يفسخ الاجارة او ان يقوم بالترميم باذن المحكمة ، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف » .

وتقابل المادة ٦٨١ من التقنين الأردنى التى تنص على ما يأتى :

١ ـ يلزم المؤجر ان يقوم باصلاح ما يحدث من خلل فى المأجور يؤثر فى استيفاء المنفعة المقصودة ، فان لم يفعل جاز للمستاجر فسخ العقد أوالحصول على اذن من المحكمة يخوله الاصلاح والرجوع على المؤجر بما انفق بالقدر المتعارف عليه .

٢ ـ اذا كان الخلل الذى يلزم المؤجر اصلاحه عرفا من الامور البسيطة او المستعجلة التى لا تحتمل التاخير وطلب اليه المستاجر اصلاحه فتاخر أو تعذر الاتصال به جاز للمستاجر اصلاحه واقتطاع نفقته بالقدر المعروف من بدل الايجار » .

انظر فى الفقه الاسلامى المادتين ٥٢٩ و ٥٣٠ من المجلة التين تقدم ذكرهما تعليقا على المادة السابقة . وانظر كذلك المادة ٦٢٨ من مرشد الحيران .

وقد جاء فى قواعد بن رجب (١٣٧ ـ ١٣٩) ان من انفق على مال غيره لتعلق حقه به كان له الرجوع عليه بما انفق . والرجوع بعد استئذان القاضى محل اتفاق بين الفقهاء ، وكذلك حالة الاستعجال بعد الاعذار .

مادة ٥٦٣

١ ـ اذا هلكت العين المؤجرة اثناء الايجار هلاكا كليا ، انفسخ العقد من تلقاء ذاته .

٢ ـ اما اذا كان هلاك العين جزئيا ، أو اذا اصبحت العين فى حالة لا تصلح معها لان تفى بالمنفعة المقصودة منها ، أو نقصت هذه المنفعة نقصا كبيرا ، ولم يكن للمستاجر يد فى شىء من ذلك ، فيجوز له ، اذا لم يقم المؤجر فى ميعاد مناسب باعادة العين الى الحالة التى كانت عليها ، ان يطلب بحسب الأحوال اما انقاص الأجرة أو فسخ الايجار ، دون اخلال بما له من حق فى ان يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقا لأحكام المادة السابقة .

٣ ـ وفى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة ، تسرى أحكام الفقرة الثالثة من المادة السابقة ، اذا كانت نفقات تجديد العين أو ترميمها باهظة لاتتناسب مع الأجرة .

الفقرة الاولى من هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى باستبدال عبارة «من تلقاء ذاته» بعبارة «من تلقاء نفسه» .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى باستبدال عبارة « لاتصلح معها لان تفى بالمنفعة المقصودة منها ، أو نقصت هذه المنفعة » بعبارة « تصلح معها للانتفاع الذى أجرت من أجله ، أو نقص هذا الانتفاع » ، واستبدال عبارة « بحسب الأحوال » بعبارة « تبعا للظروف » .

وقد حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ولا يجوز للمستاجر فى الحالتين السابقتين ان يطلب تعويضا اذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لايد المؤجر فيه » . وذلك لانها مجرد تطبيق للقواعدالعامة لايحتاج الى نص .

أما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحدثة .

وهى ، كما سبق القول فى حالتى تسليم العين المؤجرة والترميمات الضرورية للانتفاع بها ، تواجه حالة تكون نفقات تجديد العين او ترميمها باهظة لاتتناسب مع الاجرة بحيث تؤدى الى ارهاق المؤجر او تحمله مالا طاقة له به . حيث تسرى احكام الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٢ ، فيعطى المؤجر من التنفيذ العينى ، ولايكون للمستاجر الا طلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض ان كان له مقتض .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٧٥١ من التقنين العراقى .

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٥٧٥ من التقنين الكويتى التى تنص على أنه «اذا هلك المأجور أثناء مدة الايجار لسببأجنبى لايد لأحد العاقدين فيه هلاكا كليا ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه» .

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة تتفقان فى الحكم مع الفقرة الثانية من المادة ٥٧٥ من التقنين الكويتى .

وتقابلان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٧٥١ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ٢ ـ أما اذا أصبح فى حالة لايصلح معها للانتفاع الذى أجر من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، ولم يكن للمستاجر يد فى شىء من ذلك ، جاز له اذا لم يقم المؤجر فى ميعاد مناسب باعادة المأجور الى الحالة التى كان عليها ، أن يطلب اما انقاص الأجرة أو فسخ الاجارة .

٣ ـ ولا يجوز للمستاجر فى الحالتين السابقتين ان يطلب تعويضا اذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لايد للمؤجر فيه » .

وفى الفقه الاسلامى فى هذا الصدد نصت المادة ٤٨٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتى :

« ينفسخ عقد الاجارة بتعذر ما تستوفى منه المنفعة ان كان معينا فى العقد لاستيفائها منه . ويكون على المستاجر من الاجرة بنسبة ما استوفاه من المنفعة . واذا زال التعذر قبل انتهاء مدة الاجارة وقبل قيام المستاجر بفسخ العقد ، فلا حق له فى فسخه ويسقط عنه

من الاجرة ما يقابل المدة التى تعذر فيها الاستيفاء . واما اذا كان ما تستوفى منه المنفعة غير معين فى العقد فلا يفسخ عقد الاجارة بتعذر استيفائها منه » .

وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة أن المراد بفسخ العقدبتعذر ما يستوفى منهالمنفعة أن الفسخ حق للمستاجر لانه واجب لذاته والمراد بتعذر ما تستوفى منه المنفعة هو تعذر استيفائها منه كانهدام الدار وتلف الدابة أو السيارة أو السفينة ونحو ذلك من كل مانع يتعذر معه استيفاء المنفعة منه .

انظر فى هذا : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ص ٣٠٧ و ٣٠٨ . والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٢٧ .

وجاء فى المغنى لابن قدامه أنه اذا وقعت الاجارة على عين فتلفت انفسخ العقد بتلفها (ج ٥ص ٣٥٢ مسالة ٤١٥٣) .

(مادة ٥٦٤)

١ - للمؤجر الحق فى اجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة ، ولو عارض المستاجر . على انه اذا ترتب على هذه الترميمات اخلال كلى أو جزئى بالانتفاع بالعين ، جاز للمستاجر أن يطلب بحسب الأحوال اما فسخ الايجار او انقاص الأجرة .

٢ - ومع ذلك اذا بقى المستاجر فى العين المؤجرة الى ان تتم الترميمات ، سقط حقه فى طلب الفسخ .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٠ من التقنين الحالى ، مع تعديل لفظى ، وذلك باستبدال عبارة « للمؤجر الحق فى اجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة ، ولو عارض المستاجر ، بعبارة « لا يجوز للمستاجر أن يمنع المؤجر من اجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة » ، وباستبدال عبارة « بحسب الأحوال » بعبارة « تبعا للظروف » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧٥٢ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٤ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٦٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٥٠٤ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٦٣١ من مرشد الحيران على أنه « اذا احتاجت الدار المستأجرة لعمارة ضرورية لصيانتها فلا يمنع المستاجر المؤجر من اجرائها . فان ترتب على العمارة ما يضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة ، فالمستاجر بالخيار بين الفسخ وعدمه » .

(مادة ٥٦٥)

١ - على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستاجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها اى تغيير يخل بهذا الانتفاع .

٢ - ويعتبر التعرض الصادر من أحد اتباع المؤجر بمثابة تعرض صادر من المؤجر نفسه .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٥٧١ من التقنين الحالى .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة٥٧١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض أو اضرار مبنى على سبب قانونى يصدر من اى مستاجر آخر او من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر » .

وقد رئى حذف هذا النص والاقتصار على ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة . فقد اختلف الفقهاء فى حالة ما اذا خول المؤجر الغير حقا عينيا أو شخصيا يتعارض مع حق المستاجر ويحتج به عليه، كان يبيع المؤجر العين ، ولا يكون للايجار تاريخ ثابت قبل انتقال الملكية، فيكون للمشترى أن يخرج المستاجر من العين . أو يخول الغير حق ارتفاق من شانه أن ينقص من انتفاع المستاجر بالعين . أو يرهن العين رهن حيازة فتنتقل حيازتها الى الدائن المرتهن ، فيحول ذلك دون انتفاع المستاجر بالعين . أو يؤجر العين لمستاجر آخر تكون له الأفضلية على المستاجر الأول . حيث ذهب فريق الى أن هذا يعتبر تعرضا قانونيا من المؤجر . وذهب فريق آخر الى اعتبار هذا التعرض تعرضا قانونيا صادرا من المؤجر ومن الغير فى وقت واحد . وذهب فريق ثالث الى أنه فى هذه الحالة يوجد نوعان من التعرض ، أحدهما تعرض مادى من المؤجر يقوم على تصرف قانونى ، والآخر تعرض قانونى من الغير ، وكلاهما يضمنه المؤجر .

والواقع أن التعرض فى مثل هذه الحالات انما هو تعرض قانونى من الغير ، وليس من المؤجر . صحيح أن التعرض القانونى الصادر من الغير قد يستند الى تصرف صادر من المؤجر كما هو الشأن فى الحالة التى نحن بصددها ، ولكن مجرد صدور مثل هذا التصرف من المؤجر لا يكفى للقول بأن المؤجر قد تعرض تعرضا ماديا أو قانونيا ، لأن التعرض يشترط فيه أن يقع بالفعل ، والذى يحصل عملا ألا تتحرك مسئولية المؤجر الا حينما يدعى الغير بالفعل أن له حقا يتعارض مع حق المستاجر فنكون بصدد تعرض قانونى من الغير .

وفى ضوء هذا رئى الاقتصار على ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٨١ من التقنين الكويتى .

والفقرة الأولى منها تتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٧٥٣ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٦٨٤ من التقنين الأردني.

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٧٥٣ من التقنين العراقي ، وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٦٨٤ من التقنين الأردني ، وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين الحالى .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٦٣٢ من مرشد الحيران على أنه « لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الاجارة ، ولا أن يحدث فى العين المؤجرة تغييرا يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المقصودة عليها » .

كما نصت المادة ٦٣٣ على انه «اذا سلم المؤجر جميع الدار للمستأجر، ثم تعرض له ونزع منها بيتا من بيوتها رفع عن المستأجر من الأجر بقدر حصته .

وكذلك الحكم اذا شغل المؤجر بمتاعه بيتا من الدار المستأجرة فان حصته تسقط من الاجرة المسماة » .

انظر أيضا المادة ٦٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فيستند الى قواعد الشرع فى باب الضمان باعتبار ان اتباع المؤجر يكونون فى وضع يجعل افعالهم منسوبة الى المؤجر .

(مادة ٥٦٦)

يضمن المؤجر التعرض الصادر من الغير اذا كان مبنيا على سبب قانوني .

هذه المادة مستحدثة .

وقد رئي ايرادها عقب المادة السابقة التى تتناول ضمان المؤجر لتعرضه الشخصى . اذ أن التقنين الحالى نص بطريقة مباشرة على ضمان المؤجر لتعرضه الشخصى (م٥٧١ مدني) ، وعدم ضمانه للتعرض المادى الصادر من الغير (م ٥٧٥ مدنى) ، بينما تناول بطريقة غير مباشرة التعرض الصادر من الغير المبنى على سبب قانوني (م ٥٧٢ مدنى) .

وقد راعى المشروع فى ترتيب المواد ان يبدأ بالنص على ضمان المؤجر لتعرضه الشخصى ، ثم ضمانه للتعرض الصادر من الغير المبنى على سبب قانوني ، ثم عدم ضمانه للتعرض المادى الصادر من الغير . وبعد ذلك يتناول بعض صور التعرض .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٥٧٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لايضمن المؤجر للمستاجر التعرض الصادر من الغير الا اذا كان مبنيا على سبب قانوني » .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن عقد الايجار يقتضى نقل ملكية المنفعة الى المستاجر . فاذا ادعى الغير حقا ينافى مقتضى عقد الايجار . ضمن المؤجر هذا التعرض . وهذا يتفق مع قواعد الشرع فى باب الضمان بالتسبب .

(مادة ٥٦٧)

١ - اذا ادعى الغير حقا يتعارض مع ما للمستاجر من حقوق بمقتضى عقد الايجار ، وجب على المستاجر أن يبادر الى اخطار المؤجر بذلك ، وله أن يخرج من الدعوى ، وفى هذه الحالة لا توجه الاجراءات الا الى المؤجر .

٢ - فاذا ترتب على هذا الادعاء أن حرم المستاجر فعلا من الانتفاع الذى له بموجب عقد الايجار ، جاز له بحسب الاحوال أن يطلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض أن كان له مقتض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٢ من التقنين الحالى ، مع استبدال كلمة « الغير » فى صدر الفقرة الاولى بكلمة « اجنبى » ، واستبدال عبارة « بحسب الأحوال » فى الفقرة الثانية بعبارة « تبعا للظروف » .

وتطابق المادة ٧٥٤ من التقنين العراقي فيما عدا الكلمة التى تم استبدالها .

وتطابق المادة ٥٧٧ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذاالتقنين لا ينص على خروج المستاجر من الدعوى وتوجيه الاجراءات الى المؤجر .

والفقرة الثانية فيها تتفق فى حكمها مع المادة ٦٨٥ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٧٧١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج٤ ص٥٠٩ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان وجوب الاخطار على المستاجر وما يؤدى اليه من تدخل المؤجر فى الدعوى من شانه ان يكفل المحافظة على مصالح الطرفين ، فهو حكم تقتضيه القواعد الشرعية .

(مادة ٥٦٨)

١ - لايضمن المؤجر للمستاجر التعرض المادى الصادر من الغير مادام المتعرض لا يدعى حقا ، ولكن هذا لا يخل بما للمستاجر من الحق فى أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى الحيازة .

٢ – على أنه اذا وقع التعرض المادى بسبب لايد للمستاجر فيه ، وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرم المستاجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، جاز له بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٥ من التقنين الحالى ، مع استبدال عبارة « دعاوى الحيازة » فى الفقرة الأولى بعبارة « دعاوى وضع اليد »، واستبدال عبارة « بحسب الأحوال » فى الفقرة الثانية بعبارة « تبعا للظروف » .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٥٥ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا غصب المأجور ولم يتمكن المستاجر من رفع يد الغاصب، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة .

٢ – فاذا قصر فى رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكنا له ، ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب ، فلا تسقط عنه الأجرة . وله أن يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٧٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥١٦ – ٥١٨ .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى .

فقد نصت المادة ٦٣٤ من مرشد الحيران على أنه « اذا عرض فى مدة الاجارة ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة ، بأن غصبت الدار المستاجرة منه ولم يتمكن بأى وسيلة كانت من رفع يد الغاصب ، سقطت الأجرة عن المستاجر ، ولو عرض ذلك فى بعض المدة سقطت الأجرة بقدره » . ونصت المادة ٦٣٥ على أنه « اذا قصر المستاجر فى رفع يد الغاصب ، وكان ذلك ممكنا ، فلا تسقط عنه الأجرة، ولو أمكنه ذلك بانفاق مال لا يلزمه ذلك وتسقط عنه الأجرة » .

ونصت المادة ٢٥٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة على أنه « يسقط الاجر فى الاجارة بالغصب ان فاتت المنفعة » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ان الاجارة على قول تنفسخ بالغصب ، فاذا زال الغصب قبل انقضاء المدة فلا يستوفى المستاجر ما بقى من المدة ولا أجر عليه . وعلى قول آخر انها لا تنفسخ بالغصب ، فاذا زال الغصب قبل انقضاء المدة استوفى المستاجر ما بقى من المدة وعليه الأجر بحسابه .

انظر أيضا المادة ٥٦٥ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٦٩)

١ – اذا تعدد المستاجرون لعين واحدة ، فضل من سبق منهم الى اثبات تاريخ عقده . فاذا لم يكن عقد أى منهم ثابت التاريخ ، فضل من سبق الى وضع يده وهو حسن النية .

٢ – واذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستاجرين ، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم الا طلب التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ – اذا تعدد المستاجرون لعين واحدة ، فضل من سبق منهم الى وضع يده عليها دون غش ، فاذا كان مستاجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النيه قبل أن يضع مستاجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد ايجاره ، فانه هو الذى يفضل .

٢ – فاذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستاجرين ، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم الا طلب التعويض » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة ، وذلك على خلاف ما تقضى به القواعد العامة . فهذه القواعد تقضى بأن الدائنين متساوون بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم ، اذ المستاجر دائن عادى ، ولا يقدح فى هذه المساواة أن يكون عقد أحدهم ثابت التاريخ . ومن ثم فطبقا لهذه القواعد تكون الأفضلية للدائن الذى يسبق الى استيفاء دينه ، أى تفضيل المستاجر الذى يسبق الى وضع يده على العين المؤجرة قبل غيره .

ولكن رؤى النص على ما يخالف هذه القواعد بتفضيل المستاجر الذى يسبق الى اثبات تاريخ عقده ، لان المستاجر الذى يسبق غيره فى ابرام الايجار يكون قد تملك المنفعة ، وبذلك يكون الايجار الصادر بعد ذلك من المؤجر تصرفا فى ملك الغير .

وفى نصوص الفقه الاسلامى ما يدعو الى الاخذ بهذا الحل . فقد نصت المادة ٥٨٩ من المجلة فى هذا الصدد على أنه « لو آجر احد ماله على مدة معلومة لآخر باجارة لازمة ثم آجره أيضا تلك المدة تكرارا لغيره لا ينعقد ولا تنفذ الاجارة الثانية ولا تعتبر » .

انظر ايضا المادة ٥٨٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٧٠)

اذا ترتب على عمل من جهة حكومية ، ولو فى حدود القانون ، نقص كبير فى الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستاجر بحسب الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة ، ما لم يكن عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع اليه . وله أن يطالب المؤجر بالتعويض اذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسئولا عنه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« اذا ترتب على عمل من جهة حكومية فى حدود القانون نقص كبيرفى الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستاجر تبعا للظروف ان يطلب فسخ العقد او انقاص الأجرة ، وله ان يطالب المؤجر بتعويضه اذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر لسبب يكون المؤجر مسئولا عنه ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ – استبدلت عبارة « ولو فى حدود القانون » بعبارة « فى حدود القانون » ، لكى يتضح أن الحكم واحد سواء كان عمل الجهة الحكومية موافقا للقانون أو مخالفا له .

٢ – أضيف ما يفيد أن المستاجر لا يحق له أن يطلب فسخ العقد او انقاص الأجرة اذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع اليه .

٣ – استبدلت عبارة « بحسب الأحوال » بعبارة « تبعا للظروف » ، واستبدلت كلمة « بالتعويض » بكلمة « بتعويضه » .

٤ – حذفت العبارة الأخيرة التي تقول : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » . وذلك لأن المشروع لا يجيز الاتفاق على ما يخالف احكام ضمان التعرض .

وحكم المادة المقترحة فيما يتعلق بحق المستاجر فى طلب الفسخ او انقاص الأجرة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى اذا عرض ما يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كما هو الحال اذا غصبت العين ، حيث تسقط الأجرة عن المستاجر خلال المدة التى يقوم فيها هذا العارض ، كما يجوز له أن يطالب الفسخ : انظر فى هذا : المادتين ٦٣٤ و ٦٣٥ من مرشد الحيران والمادة ٢٥٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة ، وما جاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة الأخيرة ، وقد تقدم ذكر كل ذلك .

اما انتفاء حق المستاجر فى طلب الفسخ او انقاص الأجرة اذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يرجع اليه ، وثبوت حقه فى طلب التعويض من المؤجر اذا كان عمل الجهة الحكومية لسبب يسال عنه المؤجر ، فيتفق مع قواعد الشرع فى باب الضمان بالتسبب .

وانظر ايضا المادة ٥٥١ من مجلة الاحكام الشرعية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٤ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٩٨ من التقنين الاردنى التى تنص على ما ياتى :

« ١ – اذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلى بالماجور دون سبب من المستاجر تنفسخ الاجارة وتسقط الأجرة من وقت المنع .

٢ – واذا كان المنع يخل بنفع بعض الماجور بصورة يؤثر فى استيفاء المنفعة المقصودة للمستاجر فسخ العقد ويسقط عنه الأجر من وقت قيامه باعلام المؤجر » .

(مادة ٥٧١)

١ – لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على زيادة ضمان التعرض او انقاصه او اسقاطه .

٢ – ولا يمنع علم المستاجر بسبب التعرض من وجوب الضمان على المؤجر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء أو الحد من ضمان التعرض او العيب اذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان » .

وتقابل المادة ٧٥٩ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين الاردنى التى تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٨٤ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وقد رئى الأخذ فى المادة المقترحة بما يخالف ما هو مستقر فى الفقه من جواز الاتفاق على زيادة ضمان التعرض أو انقاصه أو اسقاطه على نحو يكون الحكم فيه مطلقا . فلا يجوز الاتفاق على زيادة ضمان التعرض . ولا يجوز الاتفاق على انقاص هذا الضمان او اسقاطه ، سواء تعمد المؤجر اخفاء سبب التعرض او لم يتعمد ذلك . ويكون المؤجر مسئولا عن أى تعرض سواء نشأ هذا التعرض من فعله أو نشأ من فعل الغير وكان مبنيا على سبب قانونى ، وسواء كان المستاجر يعلم وقت الايجار سبب التعرض أو لايعلمه .

وذلك على نسق ما اخذ به المشروع فى البيع فى المادة ٤١٣ . واتساقا مع ما قرره المشروع فى المادة ٢٢٩ منه التى تنص على ما ياتى :

« ١ – لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة .

٢ – وكذلك لا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى » .

وقد رأينا أن ماجاء فى المادة ٢٢٩ من المشروع روعى فيه مبدأ أساسى فى الشريعة الاسلامية ، هو ما جاء فى الاية الكريمة : « يايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدما على اعفاء المدين من المسئولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه مقدما على زيادة مسئولية المدين والاعفاء منها .

وهذا المبدأ الشرعى هو الذى روعى ايضا فى حكم المادة المقترحة ، كما سبق أن روعى فى البيع (أنظر تفصيلا لذلك فى المذكرة الايضاحية للمادة ٤١٣ من المشروع) .

وما تقضى به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة . فلا يمنع علم المستاجر بسبب التعرض من وجوب الضمان على المؤجر . اذ ان المستاجر قد يعتقد أن المؤجر سيدفع تعرض الغير الذى يدعى حقا يتعارض مع حق المستاجر . فاذا لم يتحقق ما يعتقده المستاجر ، رجع بضمان التعريض على المؤجر .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى فى خصوص البيع (م ٤٩٢ و ٤٩٤ من مرشد الحيران) . وقياسا على ذلك جاء حكم المادة المقترحة ، اذ أن الايجار فى حقيقته ينطوى على بيع للمنفعة ، وهو ما يقول به الفقه الاسلامى .

هذا ، وفى نصوص الفقه الاسلامى ما ينفى جواز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان . فقد جاء فى المغنى لابن قدامة (ج ٥ ص ٣٩٦ مسألة ٤٢٣٠) ما ياتى : « فان شرط المؤجر على المستاجر ضمان العين فالشرط فاسد ، لانه ينافى مقتضى العقد ، ولأن مالا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه » .

كما نصت المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « المستاجر أمين فيما وضع يده علية بعقد

الاجارة ، فلا يضمنه اذا ضاع او تلف الا اذا كان الضياع او التلف بسبب التفريط او التعدى ، فان شرط الضمان عليه ابتداء فسد عقد الاجارة » .

انظر ايضا المادة ٥٤٤ من مجلة الاحكام الشرعية .

(مادة ٥٧٢)

١ ــ يضمن المؤجر للمستاجر جميع ما يوجد فى العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها ، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا . ولكنه لا يضمن العيوب التى جرى العرف بالتسامح فيها . وهو مسئول كذلك عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها ، او خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها .

٢ ــ ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستاجر يعلم به وقت التعاقد ، او كان يستطيع ان يتبينه لو انه فحص العين بعناية الرجل العادى ، الا اذا اثبت المستاجر ان المؤجر قد اكد له خلو العين من هذا العيب .

الفقرة الاولى من هذه المادة تتفق فى حكما مع الفقرة الاولى من المادة ٥٧٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « يضمن المؤجر للمستاجر جميع ما يوجد فى العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها ، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا ، ولكنه لا يضمن العيوب التى جرى العرف بالتسامح فيها . وهو مسئول عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها ، أو عن خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها . كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

وقد ادخلت على هذه الفقرة تعديلان لفظيان ، وذلك باضافة كلمة « كذلك » بعد عبارة « وهو مسئول » ، وحذف حرف « عن » قبل عبارة « خلوها من صفات » . كما حذفت منها عبارة « كل هــذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » ، لأن هذا الحكم سيرد فى مادة تالية .

والفقــرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٧٦ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستاجر قد اخطر به أو كان يعلم به وقت التعاقد » . وقد كان النص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٧٦) يتضمن فى نهايته العبارة الآتية « وكذلك لايضمن المؤجر العيب اذا كان يسهل على المستاجر ان يتحقق من وجوده الا اذا اعلن المؤجر خلو العين من هذا العيب » . ولكن حذفت هــذه العبارة فى جلسة مجلس الشيوخ بحجة انها تتناول مسالة تفصيلية روى أن فى القواعد العامة ما يغنى عن تنظيمها بحكم خاص (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥١٩ و ٥٢١ و ٥٢٢) . والواقع ان هذه العبارة كانت تنص على شرط الخفاء الواجب توافره فى العيب الذى يضمنه المؤجر . ولذلك رؤى أن يضاف فى الفقرة الثانية من المــادة المقترحة ما يتضمن هذا الشرط ، على غرار مانص عليه فى عقد البيع (انظر م ٤١٤ من المشروع ، وهى تطابق م ٤٤٧ من التقنين الحالى) .

والمــادة المقترحة تتفق فى حكمهــا مع المــادتين ٧٥٦ و ٧٥٧ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المــادة ٦٨٦ من التقنين الاردنى ، فيما عدا ان هذا التقنين لا ينص على مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها أو خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها .

وتتفق فى حكمها مع المــادة ٥٨٢ من التقنين الكويتى ، فيما عدا ان هذا التقنين لا ينص على مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات تعهد بتوافرها او خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٧٥ و ٧٧٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٢٠ و ٥٢١ .

وفى الفقه الاسلامى فى خصوص العيب نصت المــادة ٥١٣ من المجلة على أنه « فى الاجارة أيضا خيار العيب كما فى البيع » . ونصت المــادة ٥١٤ على أن « العيب الموجب للخيار فى الاجارة هو ما يكون سببا لفوات المنــافع المقصودة بالكلية واخلالهــا ... » . ونصت المــادة ٥١٥ على أنه « لو حدث فى المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة فانه كالموجود فى وقت العقد » .

وانظر كذلك : م ٦٢٩ و ٦٣٠ من مرشد الحيران ، و م٦٨٢ ــ ٦٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٧٣)

١ ــ اذا وجد بالعــين المؤجرة عيب يتحقق معــه الضمان ، جاز للمستاجر ان يطلب اصلاح العيب او ان يقوم هو باصلاحه على نفقــه المؤجر ، وفقا لأحكام المــادة ٥٦٢ . وذلك دون اخلال بحق المستاجر فى طلب فســخ العقــد او انقــاص الاجرة ، مع التعويض ان كان له مقتض .

٢ ــ واذا لحق المستاجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضــه ، ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب .

٣ ــ واذا كانت نفقات اصــلاح العيب باهظة لا تتناسب مع الاجرة ، سرت أحكام الفقرة الثالثة من المــادة ٥٦٢ .

هذه المــادة تقابل المــادة ٥٧٧ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ــ اذا وجـد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستاجر تبعا للظروف أن يطلب فسـخ العقــد او انقاص الاجرة ، وله كذلك أن يطلب اصلاح العيب او أن يقوم هو باصلاحه على نفقة الاجرة ، سرت أحكام الفقرة الثالثة من المــادة ٥٦٢ .

وقد ادخلت على هذه المــادة التعديلات الآتية :

١ ــ عدل ترتيب ما يحق للمستاجر أن يطالب به عند وجود عيب . فبدأ نص الفقرة الأولى بحق المســتاجر فى أن يطلــب اصــلاح العيب

او ان يقوم هو باصلاحه على نفقة المؤجر ، لأن التنفيذ العينى هو الاصل .

٢ ـ نص على ان يكون التنفيذ العينى وفقا لأحكام المادة ٥٦٢ ، حيث تنطبق هذه الأحكام ، كما هو الشأن فى حالة الاخلال بالالتزام بالتسليم وفى حالة الترميمات الضرورية للانتفاع .

٣ ـ نص على امكان التعويض عند طلب الفسخ أو انقاص الأجرة .

٤ ـ أضيفت فقرة ثالثة ، بغية افرادها لبيان الحكم اذا كانت نفقات اصلاح العيب باهظة لا تتناسب مع الأجرة . وبذلك يتوحد الحكم فى حالات ثلاث ، هى حالة الاخلال بالالتزام بالتسليم ، وحالة الترميمات الضرورية للانتفاع ، وحالة العيب . ففى هذه الحالات جميعها اذا كانت نفقات الاصلاح او الترميم باهظة لا تتناسب مع الأجرة ، يعفى المؤجر من التنفيذ العينى ، ولا يكون للمستأجر الا طلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض ان كان له مقتض .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٣ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٥٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة .

٢ ـ فاذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه مالم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب » .

وتقابل المادة ٦٨٧ من التقنين الأردنى التى تنص على انه « اذا ترتب على العيب حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور جاز له أن يطلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع ضمان مايلحقه من ضرر » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٧٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص ٥٢٣ .

وفى الفقه الاسلامى ، فيما يتعلق بضمان العيب ، نصت المادة ٥١٦ من المجلة على انه « لوحدث فى المأجور عيب فالمستأجر بالخيار ان شاء استوفى المنفعة مع العيب وأعطى تمام الأجرة وان شاء فسخ الاجارة » . ونصت المادة ٥١٧ على أنه « ان أزال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الاجارة لايبقى للمستأجر حق الفسخ وان أراد المستأجر التصرف فى بقية المدة فليس للآجر منعه أيضا » .

انظر كذلك المادة ٦٢٩ من مرشد الحيران والمادتين ٣٣٦ و ٣٣٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة ، والمادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام الشرعية .

وتتفق حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة مع قواعد الشرع فى باب الضمان بالتسبب .

وما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة المقترحة من اعفاء المؤجر من التنفيذ العينى اذا كانت نفقات الاصلاح باهظة لا تتناسب مع الأجرة انما هو حكم عادل يقره الشرع الاسلامى . وينهض به قوله سبحانه وتعالى : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » .

(مادة ٥٧٤)

يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا فى ضمان العيب او ان ينقصا منه او أن يسقطا هذا الضمان ، على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا كان المؤجر قد تعمد اخفاء العيب فى العين المؤجرة غشا منه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء او الحد من ضمان التعرض او العيب ، اذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان » .

وتقابل المادة ٧٥٩ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين الأردنى التى تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٥٨٤ من التقنين الكويتى التى تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٨ من التقنين المصرى الحالى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع حكم التقنين الحالى والتقنينات العربية المشار اليها ، وهو مايؤخذ بمفهوم المخالفة من النصوص المذكورة . وذلك وفقا لما هو مقرر فى البيع (انظر م ٤٢٠ من المشروع) .

وهذا الحكم يقاس على ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى بالنسبة الى خيار العيب فى البيع (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٤٢٠ من المشروع) .

(مادة ٥٧٥)

١ ـ يجب على المستأجر الوفاء بالأجرة فى المواعيد المتفق عليها . فاذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء بها فى المواعيد التى يعينها عرف الجهة .

٢ ـ ويكون الوفاء بالأجرة فى موطن المستأجر ، مالم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٦ من التقنين الحالى ، مع تعديلات لفظية بسيطة .

ويقع على عاتق المستأجر التزامات اربعة هى بحسب الترتيب الذى اتبعه التقنين الحالى ، التزامه بان يستعمل العين المؤجرة بحسب ماأعدت له ، وبان يبذل من العناية فى استعمالها وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادى ، وبان يفى بالأجرة ، وبان يرد العين الى المؤجر عند انتهاء الايجار .

وقد رئى مخالفة الترتيب الذى اتبعه التقنين الحالى والبدء بالالتزام بالوفاء بالأجرة ، لأنه الالتزام الرئيسى الذى يغلب أن يواجهه المستأجر منذ البداية ، ولأن الالتزامات الأخرى يحسن أن ينص عليها متصلة لافاصل بينها ، اذ أن كل التزام منها يؤدى الى الالتزام الذى يليه .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٤٦٩ من المجلة على أن « تلزم الاجرة باستيفاء المنفعة » . ونصت المادة ٤٧٠ على أن « تلزم الاجرة فى الاجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة » . ونصت المادة ٤٧٦ على انه « ان كانت الاجرة مؤقتة بوقت معين كالشهرية او السنوية يلزم ايفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت » . ونصت المادة ٤٧٣ على ان « يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان فى تعجيل الأجرة وتأجيلها » . انظر ايضا المادة ٦٦٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٥٨٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المواد ٧٦٥ – ٧٧٠ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ٦٦٥ –٦٦٨ من التقنين الأردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٨٦) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص ٥٤١ .

(مادة ٥٧٦)

الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٧ من التقنين الحالى .

والسند الشرعى لها هو القاعدة الشرعية التى تقضى بان العادة محكمة . حيث جرت العادة على أن المستاجر لايفى بقسط من الأجرة الا اذا كان قد أوفى بالأقساط السابقة على هذا القسط . وعلى أساس هذه العادة أقام الشارع القرينة المنصوص عليها .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٦٩ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٧ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٨٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص ٥٤٣ .

(مادة ٥٧٧)

١ – يكون للمؤجر ، ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الايجار ، ان يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر . ولو لم تكن مملوكة للمستاجر . وللمؤجر الحق فى ان يمانع فى نقلها ، فاذا نقلت رغم معارضته اودون علمه كان له الحق فى استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية، مع عدم الاخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق .

٢ – وليس للمؤجر ان يستعمل حقه فى الحبس او فى الاسترداد اذا كان نقل هذه الاشياء أمرا اقتضته حرفة المستاجر او المألوف من شئون الحياة ، او كانت المنقولات التى تركت فى العين المؤجرة او التى تم استردادها تفى بضمان الاجرة وفاء تاما .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٩ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٨٨ من التقنين الكويتى .

ولامقابل لها فى التقنين العراقى . ولكن المنقولات الموجودة فعلا فى العين المؤجرة تكون مثقلة بحق امتياز المؤجر (م١٣٧٤ مدنى عراقى) .

ولا مقابل لها فى التقنين الأردنى . ولكن المنقولات الموجودة فعلا فى العين المؤجرة تكون مثقلة بحق امتياز المؤجر (١٤٣٧ مدنى أردنى).

وفى الفقه الاسلامى للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدى المشترى جميع الثمن (م ٢٧٨ من المجله وم٤٥٤ من مرشد الحيران) . وقياسا على ذلك للمؤجر ان يحبس المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ضمانا للحقوق التى تثبت له بمقتضى عقد الايجار ، وهو ما تقضى به المادة المقترحة على التفصيل المذكور فيها .

هذا ، وقد رئى حذف المادة ٥٨٨ من التقنين الحالى التى توجب على المستاجر ان يضع منقولات فى العين المؤجرة تضمن الاجرة عن سنتين او عن كل مدة الايجار اذا قلت عن سنتين ، نظرا الى ان هذا الحكم لا يتفق مع الواقع العملى فى مجتمعنا . فقد لا يكون لدى المستاجر من المنقولات ما يكفى لتوفير هذا الضمان ، مما لا يسوغ معه طلب الحكم بالزامه بوضعها . الامر الذى ادى الى اختلاف الفقه فى جواز هذه المطالبة . وقد لا يقتضى عمل المستاجر أن يضع منقولات كافية للوفاء بالأجرة الواجب تأمينها ، لو كانت العين المؤجرة مكتبا لسمسار او للمقاولات أو للاستيراد والتصدير .

(مادة ٥٧٨)

يلتزم المستاجر بان يستعمل العين المؤجره على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق التزم بان يستعمل العين بحسب ما اعدت له ووفقا لما جرى به العرف .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٩ من التقنين الحالى التى تنص على أن « يلتزم المستاجر بان يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق التزم ان يستعمل العين بحسب ما أعدت له » .

وقد أضيفت الى هذا النص عبارة « ووفقا لما جرى به العرف » لتوضيح الحكم .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٦٢ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٦٣ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٩ من التقنين الكويتى .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى .

فقد نصت المادة ٤٢٦ من المجلة على أن « من استحق منفعة معينة بعقد الاجارة له أن يستوفى عينها او مثلها او مادونها ، ولكن ليس له أن يستوفى ما فوقها . مثلا لو استاجر الحداد حانوتا على أن يعمل فيه له ان يعمل فيه صنعة مساوية فى المضرة لصنعة الحداد، ولكن ليس لمن استاجر حانوتا للعطارة أن يعمل فيه صنعة الحداد (وفى هذا المعنى ايضا المادة ٦٤٠ من مرشد الحيران) . ونصت المادة ٥٢٧ على أنه « يصح استئجار الدار والحانوت مع عدم بيان كونه لأى

شيء ، واما كيفية استعماله فتصرف الى العرف والعادة» . وجاء في المادة ٥٢٨ :«واما في خصوص ربط الدواب فعرف البلدةوعادتها معتبر (استئجار الدار) ، وحكم الحانوت على هذا الوجه».

انظر أيضا المادة ٥٨٦ ، ٦٢٣ ، ٧٢١ ، ٧٢٢ من مجلة الأحكام الشرعية .

فالمادة ٥٨٦ تنص على أنه « ليس للمستأجر ان يخالف في استيفاء المنفعة على الوجه المذكور في العقد .... مثلا لو استأجر الارض للغرس أو للبناء ليس له فعل الآخر » .

والمادة ٦٢٣ تنص على أنه « تصح اجارة الدار والحانوت مع اطلاق العقد ؛ ولا يلتزم ذكر السكنى ولا صفة الانتفاع ويحمل على متعارف وليس للمستأجر أن يعمل فيهما ما يضر بهما الا بشرط » .

والمادة ٧٢١ تنص على أنه « اذا خالف المستأجر في استيفاء المنفعة كان تعديا فيضمن المأجور لو تلف » .

والمادة ٧٢٢ تنص على أنه « اذا استوفى المستأجر أكثر من النفع المعقود عليه كان متعديا فيضمن المأجور لو تلف بذلك » .

(مادة ٥٧٩)

١ - لايجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا بدون اذن المؤجر ، الا اذا كان هذا التغيير لاينشأ عنه اى ضرر للمؤجر .

٢ - فاذا احدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة مجاوزا في ذلك حدود الالتزام الوارد في الفقرة السابقة ، جاز الزامه باعادة العين الى الحالة التي كانت عليها ، وبالتعويض ان كان له مقتض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٩٤ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٠ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكم المادة المقترحه مع ما يقرره الفقه الاسلامي . انظر المادة ٤٢٦ من المجلة المذكورة تحت المادة السابقة وجاء في المادة ٥٢٨ أن « من استأجر دارا له ان يعمل فيها كل عمل لا يورث الوهن والضرر للبناء الا باذن صاحبها » . ونصت المادة ٢٨١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة على ان « ليس للمستأجر أن يعمل ما يوهن البناء أو يضره ، وما ليس كذلك يجوز له بمقتضى العقد » .

(مادة ٥٨٠)

١ - يجوز للمستأجر ان يضع بالعين المؤجرة اجهزة لتوصيل المياه والنورالكهربائي والغاز والتليفون والراديو والتليفزيون واجهزةالتكييف وما الى ذلك مادامت الطريقة التي توضع بها هذه الأجهزة لاتخالف الأصول المرعية ، وذلك مالم يثبت المؤجر أن وضع هذه الأجهزة يهدد سلامة العقار .

٢ - فاذا كان تدخل المؤجر لازما لاتمام شيء من ذلك ، جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل ، على أن يتكفل بما ينفقه المؤجر .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨١ من التقنين الحالي ، مع اضافة عبارة « والتليفزيون واجهزة التكييف » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩١ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامي . أنظر في ذلك المادة ٥٢٨ من المجلة ، والمادة ٢٨١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفه ، وقد تقدم ذكرهما .

أنظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة للمواد ٥٧٨ - ٥٨٠ من المشروع في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٧٩ - ٧٨١) في مجموعه الاعمال التحضيرية ج٤ ص٥٣١ .

(مادة ٥٨١)

١ - يجب على المستأجر ان يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها مايبذله الشخص العادى .

٢ - وهو مسئول عما يصيب العين اثناء انتفاعه بها من تلف او هلاك ، مالم يكن هذا التلف او الهلاك ناشئا عن استعمالها استعمالا مالوفا او راجعا الى سبب لايد له فيه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٨٣ من التقنين الحالي التي تنص على مايأتي :

« ١ - يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها مايبذله الشخص المعتاد .

٢ - وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشيء عن استعمالها استعمالا مالوفا » .

وقد استبدلت في الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « الشخص العادي » بعبارة « الشخص المعتاد » .

وعدلت الفقرة الثانية باضافة مايفيد رفع المسئولية عن المستأجر اذا كان تلف العين أو هلاكها راجعا الى سبب لا يد له فيه ، حتى يحتمل الحكم . وقد كانت هذه الفقرة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٢/٧٨٣) تتضمن عبارة بهذا المعنى ، ولكنها حذفت اكتفاء بورود حكمها في المادة الخاصة برد العين المؤجرة .

واتساقا مع هذه الاضافة فقد راعى المشروع في المادة ٥٨٦ منه ، وهي المقابلة للمادة ٥٩١ من التقنين الحالي ، أن ينص على الحكم ذاته عند رد العين المؤجرة الى المؤجر في نهاية الايجار . فسواء في أثناء انتفاع المستأجر بالعين أو عند ردها الى المؤجر في نهاية الايجار ، فان المسئولية عن تلف العين أو هلاكها ترتفع عن المستأجر اذا كان ماأصاب العين ناشئا عن استعمالها استعمالا مالوفا أو كان راجعا الى سبب لايد له فيه (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٥٨٦ من المشروع) .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٦٤ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٩٢ من التقنين الأردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٩٢ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع مايقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٦٣٧ من مرشد الحيران على انه « يجب على المستاجر أن يعتنى بالعين المؤجرة كاعتنائه بملكه ، ولايجوز له أن يحدث بها تغييرا بدون اذن مالكها » .

ونصت المادة ٦٠١ من المجلة على أنه « لا يلزم الضمان اذاتلف المأجور فى يد المستاجر ، مالم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمادونيته » . ونصت المادة ٦٠٢ على انه « يلزم الضمان على المستاجر لو تلف المأجور او طرا على قيمته نقصا بتعدية » . ونصت المادة ٦٠٤ على أنه « لو تلف المأجور بتقصير المستاجر فى أمر المحافظة أو طرا على قيمته نقصان يلزم الضمان » .

ونصت المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « المستاجر والأجير كل منهما امين فيما وضع يده عليه بعقد الاجارة ، فلا يضمنه اذا ضاع أو تلف الا اذا كان الضياع أو التلف بسبب التفريط أو التعدى ، فان شرط الضمان على احدهما ابتداء فسد عقد الاجارة الا اذا إسقط الشرط قبل انتهاء العمل » . وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما يأتى : « وانما كان شرط الضمان على احدهما ابتداء مفسدا لعقد الاجارة لانه مناقض لمقتضى العقد ، وهو أن كلا من المستاجر والأجير امين لايضمن الا بالتفريط أو التعدى » .

انظر فى هذا : شرح مجموع الأمير ج ٢ ص ٢٣١ . الشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٢٢ و ٢٣ .

وانظر ايضا المادة ٥٤٤ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٨٢)

يجب على المستاجر أن يبادر الى اخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين الى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدى اجنبى بالتعرض لها ، أو باحداث ضرر بها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٥ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٥٩٣ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة أن الزام المستاجر باخطار المؤجر فى الحالات المذكورة مما يملكه ولى الأمر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة هى المحافظة على حقوق كل منهما ، اذ ان هذا الاخطار يتيح للمؤجر ان يتدخل فى الوقت المناسب لدفع ما يهدد سلامة العين او يؤدى الى ضياع الحق فيها .

(مادة ٥٨٣)

يلتزم المستاجر باجراء الترميمات التاجيرية التى يقضى بها العرف او يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا مالوفا ، مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٥٨٢ من التقنين الحالى التى تنص على ان « يلتزم المستاجر باجراء الترميمات التاجيريه التى يقضى بها العرف ، مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » .

وقد أضيفت الى هذا النص حالة ما اذا كانت الترميمات التاجيريه وهى الترميمات البسيطة ، يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا مالوفا ، وذلك لاستكمال الحكم . على ان ما يرجع اليه فى تحديد هذه الترميمات هو العرف ، فاذا لم يوجد عرف ، اعتبرت الترميمات تاجيريه اذا كانت الحاجة اليها قد نشات من استعمال العين استعمالا مالوفا .

والمادة المقترحه تتفق فى حكمها مع المادة ٥٩٤ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٩٥ من التقنين الأردنى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فهذا الفقه يفرق بين الترميمات الضرورية للانتفاع فيجعلها على المؤجر وبين الترميمات التاجيريه البسيطه فيجعلها على المستاجر . وهذه التفرقة واضحه فى نص المادة ٥٢٠ من المجله التى تقدم ذكرها فى التعليق على المادة ٥٦١ من المشروع . كما نصت المادة ٥٢٢ من المجله على أن « ازاله التراب والزبل الذى يتراكم فى مدة الاجارة والتطهير على المستاجر » .

وفى هذا المعنى أيضا المادتان ٦٣٨ و ٦٢٩ من مرشد الحيران والمادتان ٥٧٥ ، ٥٧٦ من مجلة الأحكام الشرعية .

(مادة ٥٨٤)

١ — المستاجر مسئول عن حريق العين المؤجرة . الا اذا أثبت ان الحريق نشا عن سبب لايد له فيه .

٢ — فاذا تعدد المستاجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولا عن الحريق بنسبة الجزء الذى يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر ان كان مقيما فى العقار . هذا مالم يثبت أن النار ابتدأ شبوبها فى الجزء الذى يشغله احد المستاجرين فيكون وحده مسئولا عن الحريق .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٤ من التقنين الحالى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٠٣ من المجلة على أن « حركة المستاجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن الضرر والخسارة الذى يتولد منها . مثلا لو استعمل الألبسة التى استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن . كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب اشعال المستاجر النار أزيد من العادة وسائر الناس يضمن » .

(مادة ٥٨٥)

يجب على المستاجر ان يرد العين المؤجرة عند انتهاء الايجار ، فاذا ابقاها تحت يده دون حق كان ملزما ان يدفع للمؤجر تعويضا يراعى فى تقديره القيمة الايجارية للعين وما اصاب المؤجر من ضرر .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٠ من التقنين الحالى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧٧١ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٧٠٨ من التقنين الاردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٩٥ من التقنين الكويتى .

وتتفق فى حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامى :

ففيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الايجار :

نصت المادة ٥٦١ من المجلة على ان « يلزم المستاجر رفع يده عن الماجور بعد انقضاء الاجارة » . ونصت المادة ٥٩٢ على انه « ليس للمستاجر استعمال الماجور بعد انقضاء الاجازة . ونصت المادة ٥٩٣ على أنه « لو انقضت الاجارة واراد الاجر قبض ماله يلزم المستاجر تسليمه اياه » .

ونصت المادة ٦٤١ من مرشد الحيران على أنه « اذا انتهت مدة الأجارة وجب على المستاجر أن يفرغ الدار او الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخليه » .

وفيما يتعلق بالتزام المستاجر بدفع القيمة الايجارية للعين اذا ابقاها تحت يده دون حق بعد انتهاء الايجار : نصت المادة ٦٤٣ من مرشد الحيران على أنه اذا مضت مدة الأجارة وسكن المستاجر بعدها شهرا او أكثر يلزمه أجر المثل فيه ان كانت الدار معدة للاستغلال أو كانت وقفا أو ليتيم » .

ونصت المادة ٤٧٢ من المجلة على أن « من استعمل مال غيره من دون عقد وبلا اذن ، فان كان معد للاستغلال تلزمه أجرة المثل .....

وفيما يتعلق بالتزام المستاجر بتعويض ما أصاب المؤجر من ضرر فان هذا تقتضه القواعد الشرعية فى الضمان بالتسبب . وقد نصت المادة ٦٠٦ من المجلة على ما ياتى : « يبقى الماجور كالوديعة أمانة فى يد المستاجر عند انقضاء الأجازة كما كان . وعلى هذا لو استعمل المستاجر الماجور بعد انقضاء الأجازة وتلف يضمن ، كذلك لو طلب الآجر ماله عند انقضاء الاجارة من المستاجر ولم يعطيه اياه ثم بعد الامساك تلف يضمن » .

ففيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الايجار :

(مادة ٥٨٦)

١ ـ على المستاجر أن يرد العين بالحالة التى تسلمها عليها ، الا ما يكون قد اصاب العين من تلف أو هلاك ناشىء عن استعمالها استعمالا مالوفا او راجع الى سبب لايد له فيه .

٢ ـ فاذا كان تسليم العين للمستاجر قد تم دون كتابة محضر او دون بيان باوصاف هذه العين افترض ، حتى يقوم الدليل على العكس ، أن المستاجر قد تسلم العين فى حالة حسنة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩١ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ ـ على المستاجر ان يرد العين بالحالة التى تسلمها عليها ، الا ما يكون قد اصاب العين من هلاك او تلف بسبب لا يد له فيه .

٢ ـ فاذا كان تسليم العين للمستاجر قد تم دون كتابة محضر او دون بيان باوصاف هذه العين افترض ، حتى يقوم الدليل على العكس، أن المستاجر قد تسلم العين فى حالة حسنة » .

وقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة باضافة ما يفيد رفع المسئولية عن المستاجر اذا كان تلف العين أو هلاكها ناشئا عن استعمالها استعمالا مالوفا . وذلك لكى يتضح ان الحكم واحد فى المادتين ٥٨١ و٥٨٦ من المشروع ، وهما المقابلتان للمادتين ٥٨٣ و ٥٩١ من التقنين الحالى ، فى خصوص مسئولية المستاجر عما يصيب العين المؤجرة من تلف او هلاك أثناء انتفاعه بها أو عند ردها للمؤجر متى انتهت اجارته ، بحيث ترتفع عنه المسئولية فى الحالتين اذا كان ما أصاب العين ناشئا عن استعمالها استعمالا مالوفا او كان راجعا الى سبب لايد له فيه (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة ٥٨١ من المشروع) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٧٢ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٥٩١ من التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٧٠٠ من التقنين الاردنى .

وتقابل المادة ٥٩٦ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٠١ من المجلة على انه « لا يلزم الضمان اذا تلف الماجور فى يد المستاجر ما لم يكن بتقصيره او تعديه أو مخالفته لمأذونيته » . ونصت المادة ٦٠٢ على أنه « يلزم الضمان على المستاجر لو تلف الماجور او طرا على قيمته نقصان بتعديه » . ونصت المادة ٦٠٤ على انه «لوتلف الماجوربتقصيرالمستاجر فى امر المحافظة او طرا على قيمته نقصان يلزم الضمان » . ونصت المادة ٦٠٦ على ان « يبقى الماجور كالوديعة امانة فى يد المستاجر عند انقضاء الاجارة كما كان ... » . وقد تقدم ذكر هذه المواد . انظر كذلك المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، وقد تقدم ذكرها .

اما الافتراض الذى تنص عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، فانه يستند الى ما جرت به العادة من كتابة محضر او بيان باوصاف العين المؤجرة عند التسليم ، والقاعدة الشرعية ان العادة محكمة .

(مادة ٥٨٧)

١ ـ اذا احدث المستاجر فى العين المؤجرة بناء او غراسا او غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستاجر عند انقضاء الايجار ما انفقه فى هذه التحسينات او ما زاد فى قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ ـ فاذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر او رغم معارضته ، كان له ان يطلب من المستاجر ازالتها ، وله ان يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الازالة .

٣ ـ واذا اختار المؤجر ان يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد احدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة ان تنظره الى اجل للوفاء بها .

هـذه المـادة تطابق المـادة ٥٩٢ من التقنين الحالى ، مـع تعديلات لفظية ، حيث استبدلت عبارة « اذا حدث » فى بداية الفقرة الأولى بعبارة « اذا وجد » ، وحذفت عبارة « ان كان للتعويض مقتض » فى نهـاية الفقرة الثـانية ، واستبدلت كلمة « واذا » فى بداية الفقرة الثالثة بكلمة « فاذا » .

والمـادة المقترحة تقابل المـادة ٧٧٤ من التقنين العراقى .

وتقابل المـادة ٧٠١ من التقنين الأردنى .

وتقابل المـادة ٥٩٨ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المـادة ٥٣١ من المجلة على انه « لـو أحـدث المستاجر بناء فى العقار المأجور أو غرس شجرة فالآجر مخير عند انقضـاء مـدة الاجارة ان شـاء قلع البناء والشجرة وان شاء ابقاهما واعطى قيمته كثيرة كانت أو قليلة » .

ونصت المـادة ٦٥٩ من مرشـد الحيران على انه « اذا انقضـت مـدة الاجارة وكان المستاجر قد بنى فى الارض بناء او غرس فيهـا اشجارا يؤمر بهدم البناء وقلع الاشجار الا ان يرضى المؤجر بتركهما فى الأرض باجارة او اعارة فيكون البنـاء والشجر للمستاجر والأرض للمؤجر . فان تركهمـا باعارة للأرض يكون لهما ان يؤجرا الأرض والبناء لثالث ويقسمان الأجرة على قيمة الارض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا ارض فياخذ كل منهما حصته » . ونصت المـادة ٦٦٠ على انه « اذا كان هـدم البناء وقلع الشـجر يضران بالأرض وبنقصان قيمتهـا ومضت مـدة الاجارة فللمؤجر ان يتملكها جبرا على المستاجر وتقدر قيمتهما مستحقين للقلع قائمين بأن تقوم الارض بهما مستحقى الهدم والقلع وبدونهما فيضمن المؤجر ما بين القيمتين . وان كانت الأرض لاتنقص بقلعهما فلا يكون للمؤجر تملكهما بدون رضى المستاجر انما له أمر المستاجر بقلعهما من ارضـه » .

(٣) النزول عن الايجار والايجار من الباطن

(مادة ٥٨٨)

١ ـ للمستاجر ان ينزل عن الايجار او يؤجر من الباطن ، وذلك عن كل ما استاجره او بعضـه ، ما لم تكن شخصية المستاجر محل اعتبار ، او يقض نص او اتفاق بغير ذلك .

٢ ـ واذا اشترط المؤجر الا يكون النزول عن الايجار او الايجار من الباطن الا بموافقته ، فلا يجوز له ان يمتنع عن هـذه الموافقة الا لسـبب مشروع .

هذه المـادة تقابل المـادة ٥٩٣ من التقنين الحالى التى تنص على ان « للمسـتاجر حق التنازل عن الايجار او الايجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استاجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفـاق بغير ذلك » .

وقـد ادخلت على هذا النص التعـديلات الآتية :

١ ـ عـدلت الفقرة الأولى فى صدرها تعديلا لفظيا ، حيث استبدلت عباره « للمستاجر ان ينزل عن الايجار او يؤجر من الباطن » بعبارة « للمستاجر حق التنازل عن الايجار او الايجار من الباطن » .

٢ ـ اضيفت الى الفقرة الأولى حالة مستثناه من الحكم فى عبارة « مالم تكن شخصية المسـتاجر محل اعتبار » . وقـد كان النص المقابل فى المشروع التمهيدى يتضمن عبارة فى هذا المعنى تجرى على الوجـه الآتى : « وقـد يستفاد هذا الاتفاق من الظروف » ، فحذفت فى لجنة مجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمـال التحضيرية ج ٤ص ٥٥٨ ـ ٥٦٠) . فاذا كانت شخصية المسـتاجر محل اعتبار عند التعاقد ، بان أجر المؤجر العين للمستاجر لاعتبارشخصى فيه ، فلا يجوز للمستاجر ان ينزل عن الايجار او يؤجر من الباطن .

٣ ـ اضيفت الى الفقرة الأولى ايضا حالة مستثناه من الحكم ، حيث اسـتبدلت عبارة « أو يقض نص او اتفاق بغير ذلك » بعبارة « مالم يقض الاتفاق بغير ذلك » . وقـد روعى فى هـذا التعـديل أن القانـون الخاص بتنظيم العلاقة بين المالك والمستاجر لم يتقيد بالقـاعدة الواردة فى هذه الفقرة ، الأمر الذى اقتضى اضـافة التحفظ الخاص بوجود نص مخالف .

٤ ـ استحدثت الفقرة الثانية من المـادة المقترحة . وقـد كانت المـادة المقابلة فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٩٤) تتضمن فقرة تنص على حكمها ، ولكنها حذفت (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٥٨ ـ ٥٦٠) . فرؤى ان تضاف هذه الفقرة تطبيقا لنظرية التعسـف فى استعمال الحق ، حيث لايجوز للمؤجر ان يتعسف فى التمسك بالشرط المـانع من النزول عن الايجار او الايجار من الباطن .

والمـادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٧٥ من التقنين العراقى .

وتتفق فى حكمها مع المـادة ٥٩٩ من التقنين الكويتى .

وتقابل المـادة ٧٠٢ ـ ٧٠٤ من التقنين الأردنى .

وفى الفقـه الاسلامى :

فيما يتعلق بحق المسـتاجر فى النزول عن الايجار او الايجـار من الباطن ، نصت المـادة ٥٨٦ من المجلة على أن « للمستاجر ايجار المأجور لآخر قبل القبض ان كان عقارا ، وان كان منقولا فلا » . ونصت المـادة ٦٢٤ من مرشد الحيران على ان « للمستاجر ان يؤجر العين المؤجرة لغير مؤجرها بعد قبضها وقبله ان كانت عقارا ، وليس له اجارتها قبل القبض بل بعـده ان كانت منقولا » . ونصت المـادة ٦٢٣ من مرشد الحيران على انه « يجوز لمستاجر دار او ارض ان يعيرهـا ويودعها ويؤجرها بمثل الأجرة التى استاجرها بها او باقل منها او باكثر لو كانت الأجرة الثانية من غير جنس الأولى ، فلو كانت من جنسـها لاتطيب له الزيادة » .

وفيما يتعلق بعدم جواز النزول عن الايجار من الباطن اذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار ، نصت المادة ٥٨٧ من المجلة على ان « للمستأجر ايجار مالم يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآخر » . ونصت المادة ٥٣٦ على ان « من استأجر ثيابا على ان يلبسها بنفسه فليس له أن يلبسها غيره » . ونصت المادة ٥٣٧ على ان « الحلى كاللباس » . ونصت المادة ٥٥١ على أن « الدابة التى استكريت على ان يركبها فلان لايصح اركابها غيره ، وان اركب وتلف الحيوان يلزم الضمان » .

اما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق التى نصت عليها المادة ٣٧ من المشروع واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الاسلامى .

(مادة ٥٨٩)

١ ـ منع المستاجر من ان يؤجر من الباطن يقتضى منعه من النزول عن الايجار ، وكذلك العكس .

٢ ـ ومع ذلك اذا كانت العين المؤجرة عقارا انشىء فيه مصنع او متجر ، واراد المستاجر ان يبيع هذا المصنع او المتجر ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع ان تقضى بابقاء الايجار اذا قدم المشترى ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ منع المستأجر من ان يؤجر من الباطن يقتضى منعه من التنازل عن الايجار ، وكذلك العكس .

٢ ـ ومع ذلك اذا كان الأمر خاصا بايجار عقار انشىء به مصنع او متجر واقتضت الضرورة ان يبيع المستأجر المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بابقاء الايجار اذا قدم المشترى ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق . »

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ عدلت الفقرة الاولى تعديلا لفظيا ، وذلك باستبدال كلمة « النزول » بكلمة « التنازل » .

٢ ـ استبدلت فى صدر الفقرة الثانية عبارة « ومع ذلك اذا كانت العين المؤجرة عقارا انشىء فيه مصنع أو متجر » بعبارة « ومع ذلك اذا كان الأمر خاصا بايجار عقار انشىء به مصنع أو متجر » .

٣ ـ استبدلت فى الفقرة الثانية عبارة « واراد المستأجر ان يبيع هذا المصنع او المتجر » بعبارة « واقتضت الضرورة ان يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر » . ومقتضى هذا التعديل انه لا يشترط ان تقوم ضرورة تدعو الى أن يبيع المستأجر مصنعه او متجره . فقد يرى المستأجر ان يغير نوع النشاط الذى يمارسه . بل قد يكون المستاجر راغبا فى البيع ابتغاء للكسب . وفى ذلك من التيسير مالا يسمح به النص الحالى . ويكفى ما هنالك من شروط تجعل المؤجر فى مأمن من اى ضرر . حيث يشترط ان يقدم المشترى ضمانا كافيا للمؤجر للقيام بالتزاماته الناشئة عن عقد الايجار ، كما يشترط الا يلحق المؤجر من نزول المستأجر عن الايجار للمشترى ضرر محقق . وهذا هو الذى يجعل من تمسك المؤجر بالشرط المانع تعسفا فى استعمال الحق .

والسند الشرعى لحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة هو ما جرت به العادة من انه اذا وجد شرط يمنع من النزول عن الايجار او يمنع من التأجير من الباطن فالمفروض ان المتعاقدين قصدا ان يمنع الشرط من العملين معا ، وذلك بسبب عدم ادراك الفروق الدقيقة بين العملين .

اما حكم الفقرة الثانية فهو تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق التى نصت عليها المادة ٣٧ من المشروع واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الاسلامى .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١/٧٦١ من التقنين العراقى .

وتقابل المواد ٧٠٢ ـ ٧٠٤ من التقنين الأردنى .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٦٠٠ من التقنين الكويتى .

(مادة ٥٩٠)

فى حالة النزول عن الايجار يحل المتنازل له محل المستاجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار . ومع ذلك يبقى المستاجر ضامنا المتنازل له فى تنفيذ التزاماته .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٥ من التقنين الحالى التى تنص على أنه «فى حالة التنازل عن الايجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته» .

وقد أضيف الى هذا النص ما جاء فى صدر المادة المقترحة من انه « فى حالة النزول عن الايجار يحل المتنازل له محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار » . واقتضى هذا ان تضاف عبارة «ومع ذلك» قبل بقية المادة باعتبار أن ضمان المستأجر للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته خروج على القاعدة العامة فى ضمان المدين الاصلى للمحال عليه فى حوالة الدين .

وقد كانت المادة ٧٩٦ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تجرى على نحو ما جاء فى المادة المقترحة ، ولكن حذف الحكم الوارد فى صدرها ، وهو الخاص بعلاقة المتنازل له مع المؤجر ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة واحكام الحوالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٣ ـ ٥٦٥) .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٧٧ من التقنين العراقى .

وتقابل المادة ٦٠١ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٧٩٦) فى مجموعة الأعمال التحضرية ج ٤ص ٥٦٤ .

والنزول عن الايجار ينطوى على حوالة حق وحوالة دين .

وفى الفقه الاسلامى : انظر ما تقدم ذكره عن انتقال الالتزام فى الفقه الاسلامى .

(مادة ٥٩١)

١ ـ في حالة الايجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستاجر الأصلي خاضعة لاحكام عقد الايجار الأصلي. اما العلاقة بين المستاجر الأصلي والمستاجر من الباطن فتسرى عليها احكام عقد الايجار من الباطن .

٢ ـ ومع ذلك يكون المستاجر من الباطن ملزما بان يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستاجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر ولا يجوز ان يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستاجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف او لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الايجار من الباطن .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٦ من التقنين الحالي التي تنص على ماياتي :

« ١ ـ يكون المستاجر من الباطن ملزما بان يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستاجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر .

٢ ـ ولا يجوز للمستاجر من الباطن ان يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستاجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف او لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الايجار من الباطن » .

وقد اضيفت الى هذه المادة الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، وجمع ما جاء فيها في فقرة واحدة هي الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

وما جاء في الفقرة الأولى من المادة المقترحة كانت تنص عليه المادة ٧٨٧ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ، ولكنها حذفت في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٣ ـ ٥٦٤) .

والمادة المقترحة تتفق في احكامها مع المادة ٧٧٦ من التقنين العراقي .

وتتفق في احكامها مع المادة ٦٠٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٧٠٥ من التقنين الاردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٩٧ و ٧٩٨) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٩ و ٥٧٠ .

والسند الشرعي للفقرة الأولى من المادة المقترحة قوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون على شروطهم » . فالعلاقة بين المؤجر والمستاجر الأصلي تسرى عليها شروط عقد الايجار الأصلي . والعلاقة بين المستاجر الأصلي والمستاجر من الباطن تسرى عليها شروط عقد الايجار من الباطن . وقد نصت المادة ٦٢٧ من مرشد الحيران على ان « المستاجر الذي اجر لغيره العين المنتفع بها ملزوم بالأجرة لمالكها ، وليس للمالك قبضها من المستاجر الثاني الا اذا احاله المستاجر عليه او وكله بقبضها من المستاجر الثاني » .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فالغرض منها حماية مصلحة شرعية معتبرة ، هي مصلحة المؤجر .

(مادة ٥٩٢)

تبرا ذمة المستاجر الأصلي قبل المؤجر ، سواء فيما يتعلق بضمانه المتنازل له في حالة النزول عن الايجار او فيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الأصلي من التزامات في حالة الايجار من الباطن ، اذا صدر من المؤجر قبول صريح او ضمني بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن . ويعتبر قبولا ضمنيا من المؤجر قبضه الأجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون أن يبدى اى تحفظ في شان حقوقه قبل المستاجر الأصلي .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما ياتي :

« تبرا ذمة المستاجر الأصلي قبل المؤجر ، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة التنازل عن الايجار أم فيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الأصلي من التزامات في حالة الايجار من الباطن :

(اولا) اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الايجار او بالايجار من الباطن .

(ثانيا) اذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون أن يبدى اى تحفظ في شان حقوقه قبل المستاجر الأصلي » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ عدلت تعديلا لفظيا باستبدال عبارة « سواء فيما يتعلق بضمانة المتنازل له في حالة النزول عن الايجار » بعبارة « سواء فيما يتعلق بضمانة للمتنازل له في حالة التنازل عن الايجار » .

٢ ـ استبدلت عبارة « اذا صدر من المؤجر قبول صريح او ضمني بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن » بالعبارة الواردة في الفقرة « اولا » التي تقول : « اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الايجار او بالايجار من الباطن » . اذ ان قبول المؤجر قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا ، ولا يقتصر القبول الضمني على حالة ما اذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون ابداء اى تحفظ . فقد يستخلص القبول الضمني من ظروف اخرى ، كما لو طالب المؤجر المتنازل له او المستاجر من الباطن بالأجرة دون ان يستوفيها ، او طالبه بدفع تعويض عن تلف اصاب العين .

٣ ـ النص على ان يعتبر قبولا ضمنيا من المؤجر قبضه الأجرة مباشرة دون ابداء اى تحفظ . وذلك توضيحا للأساس الذي يقوم عليه الحكم .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦٠٩ من التقنين الكويتي .

وتتفق مع المادة ٧٧٨ من التقنين العراقي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٧٩٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٩ و ٥٧٠ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ان حكمها يستند الى قبول من جانب المؤجر ، وهو يدخل في نطاق قوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » .

(٤) انتهاء الايجار .

(مادة ٥٩٣)

ينتهي الايجار بانقضاء المدة المعينة في العقد دون حاجة الى تنبيه بالاخلاء ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « ينتهي الايجار بانتهاء المدة المعينة في العقد دون حاجة الى تنبيه بالاخلاء » .

وقد استبدلت في هذا النص كلمة « بانقضاء » بكلمة « بانتهاء » . كما اضيفت اليه عبارة « ما لم ينص القانون على غير ذلك » ، حيث قصد بهذا التحفظ مراعاة ما تنص عليه القوانين الخاصة من تحديد أسباب لانتهاء الايجار ليس من بينها انقضاء المدة .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٧٧٩ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٧٠٧ من التقنين الاردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٠٤ من التقنين الكويتي .

وتتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي .

فقد نصت المادة ٦٤١ من مرشد الحيران على انه « اذا انتهت مدة الاجارة وجب على المستاجر ان يفرغ الدار او الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها ، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلية » .

(مادة ٥٩٤)

١ - اذا انتهى عقد الايجار وبقي المستاجر منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، اعتبر الايجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير معينة ، وتسرى على الايجار اذا تجدد على هذا الوجه احكام المادة ٥٥٦ .

٢ - ويعتبر هذا التجديد الضمني ايجارا جديدا لا مجرد امتداد للايجار الأصلي . ومع ذلك تنتقل الى الايجار الجديد التامينات العينية التي كان المستاجر قدمها في الايجار القديم مع مراعاة قواعد الشهر العقاري . اما الكفالة ، شخصية كانت او عينية ، فلا تنتقل الى الايجار الجديد الا اذا رضي الكفيل بذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٩ من التقنين الحالي .

وتتفق مع المادة ٧٨٠ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦٠٥ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢/٧٠٧ من التقنين الاردني .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٦٤٣ من مرشد الحيران على انه « اذا مضت مدة الاجارة وسكن المستاجر بعدها شهرا او اكثر يلزمه اجر المثل فيه ان كانت الدار معدة للاستغلال او كانت وقفا او ليتيم » .

ونصت المادة ٤٣٨ من المجلة على أن « السكوت في الاجارة يعد قبولا ورضاء . مثلا لو استاجر رجل حانوتا في الشهر بخمسين قرشا وبعد ان سكن فيه مدة اشهر اتى الآجر في راس شهر وقال ان رضيت بستين فاسكن والا فاخرج ورده المستاجر وقال لم ارض واستمر ساكنا يلزمه خمسون قرشا كما في السابق . وان لم يقل شيئا ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكنا يلزمه اعطاء ستين قرشا .... » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨٠١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٧٥ .

(مادة ٥٩٥)

١ - اذا نبه احد الطرفين على الآخر بالاخلاء ، واستمر المستاجر مع ذلك منتفعا بالعين بعد انتهاء الايجار ، فلا يفترض ان الايجار قد تجدد ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

٢ - اما اذا نبه احد الطرفين على الآخر بالاخلاء ما لم يقبل اجرة جديدة او شروطا اخرى ، فسكت من وجه اليه التنبيه ، اعتبر هذا السكوت قبولا يتجدد به الايجار تجديدا ضمنيا بالأجرة او الشروط الجديدة .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٦٠٠ من التقنين الحالي . أما الفقرة الثانية فمستحدثة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨١ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦٠٦ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي : انظر المادة ٤٣٨ من المجلة التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة . وقد نصت المادة ٤٣٩ على انه « لو تقاولا بعد العقد على تبديل البدل او تزييده وتنزيله يعتبر العقد الثاني » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٠٢) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٧٩ .

(مادة ٥٩٦)

١ ـ اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا او جبرا الى خلف خاص ، فلا يكون الايجار نافذا فى حقه الا اذا كان يعلم به وقت انتقال العين اليه ، او كان للايجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذى نقل الملكية .

٢ ـ ويجوز للخلف الخاص أن يتمسك بعقد الايجار ، ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه .

هذه المادة تتفق فى حكمها مع المادة ٦٠٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا او جبرا الى شخص آخر ، فلا يكون الايجار نافذا فى حق هذا الشخص اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية .

٢ ـ ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية أن يتمسك بعقد الايجار، ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه » .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ استبدلت عبارة « الى خلف خاص » فى الفقرة الأولى بعبارة « الى شخص آخر » ، لأن المقصود هو الخلف الخاص .

٢ ـ أضيفت حالة أخرى يكون الايجار فيها نافذا فى حق الخلف الخاص ، وهى حالة ما اذا كان الخلف يعلم بالايجار وقت انتقال العين اليه . وذلك الى جانب الحالة المذكورة فى النص ، وهى حالة ما اذا كان للايجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذى نقل الملكية . وعلة هذه الاضافة أن الخلف الخاص لا يجوز له أن يتمسك بقاعدة عدم ثبوت التاريخ الا اذا كان حسن النية ، أى لا يعلم بسبق تأجير العين. اذ أن حكم ثبوت التاريخ استثناء قصد منه الى حماية الغير من خطر تقديم التاريخ غشا واضرارا به . فاذا كان هذا الغير يعلم باسبقية الحق الذى يحتج به عليه ، فانه لا يكون فى حاجة الى الحماية . وعليه اذا كان الخلف الخاص يعلم بسبق تأجير العين ، فلا حق له أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ الايجار .

٣ ـ استبدلت فى الفقرة الثانية عبارة « ويجوز للخلف الخاص » بعبارة « ومع ذلك يجوز لمن انتقلت الملكية » . اذ أن عبارة « ومع ذلك » تفيد أن الأمر يتعلق باستثناء يرد على حكم الفقرة الأولى . والحقيقة غير ذلك . فليس هناك استثناء فى هذا الصدد ، انما يتعلق الأمر بتطبيق لقاعدة عامة تشمل جميع الأحكام التى تتقرر لحماية الشخص . ومقتضى هذه القاعدة أن الحماية التى تتقرر للشخص تمنح له ولا تفرض عليه ، فهى تفيده ولا تضره ، اذ هى حق له وليست واجبا عليه ، ان شاء تمسك بها وان شاء تركها . وعليه يجوز للخلف الخاص وفقا لهذه القاعدة ان يتمسك بعقد الايجار ، ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه ، اذا قدر أن ذلك فى مصلحته .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨٦ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٠٧ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٨٠٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ص٥٩٢ و ٥٩٣ .

ويلاحظ انه فى الفقه الاسلامى يكون العقد موقوف النفاذ اذا تعلق حق الغير بالمحل ، وهذا تندرج تحته حالات منها تصرف مالك العين الموجرة وبناء على ذلك يكون التصرف فى العين المؤجر موقوفا على أجازة المستاجر وفى هذا المعنى نصت المادة ٦٤٦ من مرشد الحيران على أنه « بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه على أجازة المستاجر ، فان أجازه جاز ، وان لم يجزه يبقى موقوفا الى ان يسقط حق المستاجر » . ونصت المادة ٥٩٠ من المجلة على انه « لو باع الآجر المأجور بدون اذن المستاجر يكون البيع نافذا بين البائع والمشترى وان لم يكن نافذا فى حق المستاجر . . . وان جاز المستاجر البيع يكون نافذا فى حق كل منهم . . . » .

اما فى المشروع ، كما هو الشأن فى التقنين الحالى وغيره من التقنيات ما عدا التقنين الاردنى ، فان الايجار لا يقيد حق المالك فى التصرف، وذلك تيسيرا للتعامل ومراعاة لظروف المجتمع . وهذا هو مذهب **الحنابلة . فقد جاء فى المادة ٥٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية ما ياتى** للمؤجر بيع العين المؤجرة من المستاجر أو غيره قبل حلول مدة الاجارة أو فى اثنائها والاجرة من حين البيع للمشترى».

(مادة ٥٩٧)

١ ـ لا يجوز لمن انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الايجار نافذا فى حقه ان يجبر المستاجر على الاخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينه فى المادة ٥٥٦ .

٢ ـ فاذا نبه من انتقلت اليه الملكية على المستاجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار ، فان المؤجر يلتزم بان يدفع للمستاجر تعويضا ، مالم يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستاجر على الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر او ممن انتقلت اليه الملكية نيابة عن المؤجر او بعد ان يحصل على تامين كاف للوفاء بهذا التعويض .

هذه المادة تطابق المادة ٦٠٥ من التقنين الحالى ، مع اضافة عبارة « من انتقلت اليه الملكية » فى بداية الفقرة الثانية .

وتتفق مع المادة ٧٨٧ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦٠٨ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٠٨) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن ما جاء بها من أحكام يعتبر تنظيما بملكه ولي الأمر مراعاة لظروف التعامل ، مادام ان للمالك حق التصرف في ملكه رغم وجود الايجار ، وذلك حتى لايفاجأ المستأجر بالاخلاء فتتاح له مهلة معقولة،ولكي يعوض عن الضرر الذي يلحقه من جراء انتهاء عقد الايجار قبل انقضاء مدته .

(مادة ٥٩٨)

١ ـ اذا كان الايجار نافذا في حق من انتقلت اليه الملكية او لم يكن نافذا ولكن تمسك هو به ، فانه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الايجار من حقوق والتزامات .

٢ ـ ومع ذلك لا يجوز للمستأجر ان يتمسك بما عجله من الاجرة في مواجهة من انتقلت اليه الملكية اذا اثبت هذا ان المستأجر وقت الدفع كان يعلم بانتقال الملكية او كان من المفروض حتما ان يعلم به . فاذا عجز من انتقلت اليه الملكية عن الاثبات ، فلا يكون له الا الرجوع على المؤجر .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق الفقرة الأولى من المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ١/٨٠٦) . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، ولكن رؤي اضافتها لبيان المعنى المقصود من نفاذ الايجار في حق من انتقلت اليه الملكية ، سواء في هذه المادة او في المادتين السابقتين ، وهو أن ينصرف أثر العقد اليه فيحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته . ذلك ان هناك فارقا بين نفاذ العقد في حق شخص وانصراف أثر العقد الى هذا الشخص . فنفاذ العقد في حق شخص يعني أن هذا الشخص يلتزم باحترام العقد ، ولكنه لا يصبح طرفا فيه ، وبالتالي لا تنتقل اليه الحقوق والالتزامات التي تنشأ منه . ولو طبقنا هذا المعنى على الحالة التي نحن بصددها ، فان الخلف الخاص لا يلتزم الا باحترام الايجار وعدم اخراج المستأجر ، فلا يصبح طرفا في العقد ، وبالتالي لا تنتقل اليه الحقوق والالتزامات التي تنشأ منه . اما انصراف اثر العقد الى شخص فانه يعني أن هذا الشخص يصبح طرفا في العقد ، فتنتقل اليه الحقوق والالتزامات التي تنشأ منه . وهذا هو المعنى المقصود فيما نحن بصدده ، حيث تنتقل الى الخلف الخاص الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عقد الايجار . ومع ذلك فكثيرا ما يستعمل الفقه والتشريع عبارة « نفاذ العقد » بمعنى انصراف أثر العقد . ومن الأمثلة على ذلك في المشروع ما يقصد بنفاذ العقد الموقوف اذا لحقته الاجازة . فنفاذ العقد في هذه الحالة يقصد به انصراف أثر العقد . وقد رؤي عدم تغيير هذا المصطلح ، باعتبار ان معناه يتحدد في بيان الأحكام الخاصة بالموضوع .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق المادة ٦٠٦ من التقنين الحالي ، مع تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٨٨ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦٠٩ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨٠٦) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو تحقيق مصلحة ودفع مفسدة . اما المصلحة فتتحقق بما تقرره الفقرة الاولى من بيان لموقف المستأجر في مواجهة من انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة . وأما دفع المفسدة فتتكفل به الفقرة الثانية للحيلولة دون وقوع غش او تواطؤ بين المستاجر والمؤجر في تعجيل الأجرة .

(مادة ٥٩٩)

١ ـ اذا كان الايجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب انهاء العقد قبل انقضاء مدته اذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها ان تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الأمر او في أثناء سريانه مرهقا، على أن يراعي من يطلب انهاء العقد مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ ، وعلى ان يعوض الطرف الآخر تعويضا عادلا .

٢ ـ فاذا كان المؤجر هو الذي يطلب انهاء العقد ، فلا يجبر المستاجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض او يحصل على تامين كاف .

هذه المادة تطابق المادة ٦٠٨ من التقنين الحالي .

وهي تتضمن تطبيقا تشريعيا خاصا لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها في المادة ١٥٠ من المشروع .

وتتفق مع المادة ٧٩٢ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٧١٠ من التقنين الاردني .

وتتفق مع المادة ٦١٠ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨١٢) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٩٨و٥٩٩.

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامي الذي يأخذ بمبدأ انهاء الايجار بالعذر الطارىء . فقد نصت المادة ٤٤٣ من المجلة على انه « لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجارة » .

أما وجوب التعويض على المؤجر اذا كان هو الذي يطلب انهاء العقد، فسنده الشرعي تلك القاعدة الاساسية في الشريعة الاسلامية التي تقول : « لا ضرر ولا ضرار » .

(مادة ٦٠٠)

١ ـ لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستاجر .

٢ـ ومع ذلك اذا مات المستاجر ،جاز لورثته ان يطلبوا انهاء العقد اذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد اثقل من ان تتحملها مواردهم ، واصبح الايجار مجاوزا حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبية بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠١ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ـ لا تنتهى الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستاجر .

٢ ـ ومع ذلك اذا مات المستاجر ، جاز لورثته أن يطلبوا انهاء العقد اذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم . وفى هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٦٣ ، وان يكون طلب انهاء العقد فى مدة ستة اشهر على الأكثر من وقت موت المستاجر » .

وقد رؤى ان تحذف العبارة الاخيرة من هـذه المادة ، وهى التى تتطلب « أن يكون طلب انهاء العقد فى مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستاجر » . اذ ان هذه المدة قد لا تكون كافية ليتدبر الورثة امرهم فيها . ولكن يجب على الورثة الا يتأخروا فى هذا الطلب دون مبرر ، حتى لا يحمل تأخرهم على انه نزول منهم عن حقهم فى انهاء العقـد .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٠٩ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٦١١ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٨٣ من التقنين العراقى التى تطابق المادة ٦٠١ من التقنين المصرى الحالى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨٠٤) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٨١ و ٥٨٢ .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع مذاهب الائمة الثلاثة مالك والشافعى واحمد ، ففى هذه المذاهب لا ينتهى الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستاجر . ويخالف مذهب ابى حنيفة ، ففى هذا المذهب تنص المادة ٦٤٧ من مرشد الحيران على أن « تنفسخ الاجارة بموت المؤجر او بموت المستاجر اذا عقدها لنفسه لا لغيره بالتوكيل عنه » . كما نصت المادة ٣٢٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابى حنيفة على أن « تنفسخ الاجارة بموت أحد طرفيها اذا عقدها لنفسه » (انظر فى هذا : ابن عابدين ج ٥ ص ٧٠ و ٧١ ، ومجمع الانهر ج ٢ ص ٤٠٠ و ٤٠١) .

اما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو تطبيق لمبدأ انهاء الايجار بالعذر الطارىء الذى تناولته المادة السابقة ، وهو مأخوذ من الفقة الاسلامى كما سبق القول .

(مادة ٦٠١)

اذا مات المستاجر ، ولم يكن الايجار قد عقد الا بسبب حرفته او لاعتبارات اخرى تتعلق بشخصه ، جاز لورثته او للمؤجر ان يطلبوا انهاء العقد . وفى هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على أنه «اذا لم يعقد الايجار الا بسبب حرفة المستاجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا انهاء العقـد » .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة . كما أضيف اليها ما يفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالاخلاء عند طلب انهاء العقد . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى (م ٨٠٥) العبارة الآتية : « والاولى أن يكون ذلك بعد التنبيه بالاخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٧٦١ (م٥٦٣ مدنى) » . ولكن اللجان المختلفة التى مر بها المشروع لم تدخل تعديلا على النص بهذا المعنى .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦١٢ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ٧٨٤ من التقنين العراقى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٨٠٥) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٨١ و ٥٨٢ .

وموت المستاجر فى حكم المادة المقترحة يمكن اعتباره عذرا طارئا يسوغ انهاء الايجار ، وهو المبدأ الذى طبق فى المادة السابقة ، وهو ماخوذ من الفقه الاسلامى كما سبق القول .

(مادة ٦٠٢)

١ ـ لا يترتب على اعسار المستاجر ان تحل اجرة لم تستحق .

٢ ـ ومع ذلك يجوز للمؤجر ان يطلب انهاء الايجار اذا لم تقدم له فى ميعاد مناسب تامينات تكفل الوفاء بالأجرة التى لم تحل ، وكذلك يجوز للمستاجر اذا لم يرخص له فى النزول عن الايجار او فى الايجار من الباطن ان يطلب الانهاء على ان يدفع تعويضا عادلا . وفى هـذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة فى المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا يترتب على اعسار المستاجر ان تحل اجرة لم تستحق .

٢ ـ ومع ذلك يجوز للمؤجر ان يطلب فسخ الايجار اذا لم تقدم له فى ميعاد مناسب تامينات تكفل الوفاء بالأجرة التى لم تحل ، وكذلك يجوز للمستاجر اذا لم يرخص له فى التنازل عن الايجار أو فى الايجار من الباطن ان يطلب الفسخ على ان يدفع تعويضا عادلا » .

وقد ادخلت على الفقرة الثانية من هذه المادة التعديلات الآتية :

١ ـ استبدلت كلمة « انهاء » بكلمة « فسخ » . واستبدلت كلمة « الانهاء » بكلمة « الفسخ » . واستبدلت كلمة « النزول » بكلمة « التنازل » .

٢ – أضيفت العبارة الأخيرة التي تفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالاخلاء عند طلب انهاء العقد .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يستبعد تطبيق القواعد العامة التي تقضي بسقوط الأجل اذا ثبت اعسار المدين بأن كانت أمواله لاتفي بديونه الحالة (م ٢٦١ / ١ من المشروع) . فمقتضى هذه القواعد ان اقساط الاجرة التي لم تستحق تحل جميعها ، اذ هي دين مؤجل . ولكن المشروع عطل هذا الاثر رأفة بالمستاجر ، حيث قضى بأن اعساره لا يترتب عليه أن تحل أجرة لم تستحق .

ولكن نظرا الى ان اعسار المستاجر قد يؤدي الى عجزه عن دفع الأجرة ، اجازت الفقرة الثانية لكل من المؤجر والمستاجر ان يطلب انهاء الايجار قبل انقضاء مدته . ويعتبر الاعسار في حكم هذه الفقرة عذرا طارئا يسوغ هذا الحكم ، والعذر الطارىء مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٨٥ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٦٠٢ من التقنين المصري الحالي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (م ٨٠٦) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٨٦ .

(مادة ٦٠٣)

يجوز للمستاجر ، اذا اقتضى عمله ان يغير محل اقامته ، ان يطلب انهاء ايجار مسكنه اذا كان هذا الايجار معين المدة ، على ان يراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠٩ من التقنين الحالي التي تنص على انه « يجوز للموظف او المستخدم ، اذا اقتضى عمله ان يغير محل اقامته ، ان يطلب انهاء ايجار مسكنه اذا كان هذا الايجار معين المدة ، على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

١ – استبدلت عبارة « يجوز للمستاجر » بعبارة « يجوز للموظف او المستخدم » . فلا يقتصر الحكم على الموظف أو المستخدم ، بل يشمل كل مستاجر ، سواء كان من العاملين او من غيرهم . اذ ان هذا هو الذي يتفق مع فكرة العذر الطارىء الذي يسوغ انهاء الايجار ، حيث يمكن أن يقوم هذا العذر لدى مستاجر من غير العاملين .

٢ – حذفت العبارة الأخيرة التي تفيد بطلان كل اتفاق على خلاف الحكم . اذ ان بطلان مثل هذا الاتفاق قد يكون ضد مصلحة الموظف ، فيمتنع الملاك من ان يؤجروه مسكنا اذا تبين لهم أنهم لا يستطيعون توقي انهاء الايجار قبل انقضاء مدته . وبذلك يستطيع المستاجر أن يرفع عن نفسه الحرج اذا رضي ان ينزل عن حقه في انهاء الايجار في حالة ما اذا اقتضى عمله أن يغير محل اقامته . ونظرا الى هذا الاعتبار ورد في المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي (م٨١٣) اقتراح بحذف هذه العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ص ٦٠١ في الهامش) . ولكن اللجان التي مر بها المشروع لم تدخل هذا التعديل .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦١٣ من التقنين الكويتي .
وتقابل المادة ٧٩٣ من التقنين العراقي .

ويعتبر اقتضاء عمل المستاجر تغيير محل اقامته عذرا طارئا يسوغ انهاء الايجار . والعذر الطارىء مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

(مادة ٦٠٤)

١ – لا يجوز للمؤجر ان يطلب انهاء الايجار قبل انقضاء مدته ، حتى لو احتاج العين المؤجرة لسكناه او لاستعماله الشخصي ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ – فاذا اتفق على انه يجوز للمؤجر أن ينهي العقد اذا جدت له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه في استعمال هذا الحق ان ينبه على المستاجر بالاخلاء في المواعيد المبينة في المادة ٥٥٦ .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثه ، وهي تتفق مع الفقرة الأولى من المادة ٨١٠ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص على انه « لا يجوز للمؤجر ان يطلب فسخ الايجار قبل انقضاء مدته ، حتى لو اعلن انه يريد سكنى العين المؤجرة بنفسه ، أو يريدها لاستعماله الشخصي ، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » . ولكن حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة على ان يكون حكمها مفهوما ضمنا (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ص ٥٩٦) .

وقد رؤى النص على هذا الحكم في الفقرة الأولى من المادة المقترحة ، نظرا الى انه يتضمن القاعدة في هذا الصدد ، حيث تقضي هذه القاعدة بانه اذا جدت للمؤجر حاجة شخصية للعين كأن احتاج اليها لسكناه أو لاستعماله الشخصي ، فان هذا لا يعتبر عذرا طارئا يسوغ انهاء الايجار .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتفق مع المادة ٦٠٧ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا اتفق على انه يجوز للمؤجر أن ينهي العقد اذا جدت له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه في استعمال هذا الحق أن ينبه على المستاجر بالاخلاء في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » . وقد رؤى حذف العبارة الأخيرة في هذا النص ، وهي التي تجيز الاتفاق على ما يخالف مواعيد التنبيه بالاخلاء ، وذلك اتساقا مع ما هو مقرر في حالات انهاء العقد الأخرى .

ذلك أن حكم الفقرة الأولى ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق ما يخالفه ، وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨٩ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٨١٠ من المشروع للتقنين الحالي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م ٨١٠) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٥٩٦ .

(مادة ٦٠٥)

١ ـ اذا لم يباشر المستاجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، أو لم ينتفع بها الانتفاعا ناقصا ، وكان ذلك راجعا الى خطئه أو الى أمر يتعلق بشخصه ، فانه يبقى ملزما بالايجار وبالوفاء بما يفرضه عليه العقد من التزامات ، مادام المؤجر قد وضع العين تحت تصرفه فى حالة صالحة للانتفاع المتفق عليه .

٢ ـ وفى هذه الحالة يجب على المؤجر ان يستنزل من الأجرة قيمة ما اقتصده من وراء عدم انتفاع المستاجر بالعين ، وقيمة ماحققه من نفع من وراء استعماله للعين فى أغراض أخرى .

هذه المادة تطابق المادة ٨١١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى ، فيما عدا استبدال عبارتى « اذا لم يباشر المستاجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، أو لم ينتفع بها الا انتفاعا ناقصا » فى بداية الفقرة الأولى بعبارتى « اذا لم يتمكن المستاجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، أو كان انتفاعه بها ناقصا » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لاستخلاص حكمها من القواعد العامة . ولكن رؤى من الأفضل النص على هذا الحكم توضيحا للحل .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٩١ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٦١٥ من التقنين الكويتى .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى (م٨١١) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٥ و ٥٩٦ فى الهامش .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٤٧٩ من المجلة على أن « من استاجر حانوتا وقبضه ، ثم عرض للبيع والشراء كساد ، ليس له ان يمتنع عن اعطاء كراء تلك المدة بقوله ان الصنعة ماراجت والدكان بقى مسدودا » . ونصت المادة ٥٧٣ من مرشد الحيران على أنه « تجب الأجرة فى الاجارة الصحيحة بتسليم العين المؤجرة للمستاجر واستيفائه المنفعة فعلا أو بتمكينه من استيفائها بتسلكمها له ولو لم يستوفها . فان قبض المستاجر الدار المؤجرة فارغة من متاع المؤجر ، لزمه اجرها ولو لم يسكنها » .

وحكم الفقرة الثانية يقره الفقه الاسلامى ، لأن العدالة توجب أن يستنزل من الأجرة مقدار ما استفادة المؤجر من عدم انتفاع المستاجر بالعين المؤجرة .

الفرع الثانى

بعض أنواع الايجار

نظرة عامة :

هناك أنواع من الايجار خصها القانون ببعض احكام تتلاءم مع طبيعتها ، أو تستجيب لغرض اجتماعى ، وهى الايجار العادى للأرض الزراعية ، والمزارعة ، وايجار الوقف ، وايجار الأماكن .

فالايجار العادى للأرض الزراعية يخضع فى الأصل للأحكام العامة فى عقد الايجار . ولكن التقنين المدنى الحالى خصه ببعض احكام تتلاءم مع طبيعته . كما ان قانون الاصلاح الزراعى اتى بأحكام هامة فى تنظيم العلاقة بين مستاجرى الأرض الزراعية ومالكيها عدلت فى بعض النواحى الاحكام العامه التى تسرى على هذا الايجار . وقد رؤى النص فى المشروع على أهم الأحكام العامة فى هذا الصدد ، سواء ما جاء منها فى التقنين الحالى وما نص عليه قانون الاصلاح الزراعى ، وترك ما عدا ذلك لهذا القانون الأخير ، لا سيما وان الكثير من قواعد هذا القانون قد تكون عرضة للتغيير بحسب ظروف المجتمع .

والمزارعة كذلك خصها التقنين المدنى الحالى ببعض احكام تتفق مع الخصائص التى تتميز بها عن الايجار العادى . كما عرض لها قانون الاصلاح الزراعى . وسار المشروع فى تنظيمها على الطريقة ذاتها التى اتبعها فى الايجار العادى للأرض الزراعية .

وايجار الوقف استمد التقنين الحالى احكامه من الشريعة الاسلامية، باعتبارها مصدر النظام القانونى للوقف ، ولذلك أبقى المشروع على هذه الأحكام .

اما ايجار الأماكن الذى نظم فيه الشارع العلاقة بين المؤجر والمستاجر لمواجهة ازمة المساكن ، فقد رؤى تركه للقوانين الخاصة التى اضطر الشارع الى تعديلها مرات عديدة فى فترات قصيرة مراعاة للظروف الاجتماعية التى كثيرا ما يستعصى عليه ايجاد الحلول الملائمة لها .

ايجار الأراضى الزراعية .

(مادة ٦٠٦)

اذا استؤجرت الأرض الزراعية ، نقدا أو مزارعة ، مدة سنة أو عدة سنوات ، كان للمستاجر أن يزرعها دورة زراعية سنوية أو عدة دورات .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٢ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا ذكر فى عقد ايجار الأرض الزراعية ان الايجار قد عقد لسنة أو لعدة سنوات ، كان المقصود من ذلك انه قد عقد لدورة زراعية سنوية أو لعدة دورات » .

ذلك ان مدة ايجار الأرض الزراعية تحسب بالسنين الزراعية ، والسنة الزراعية غير السنة التقويمية ، فهى تختلف عنها من حيث الابتداء ومن حيث الانتهاء . وذلك سواء كان الايجار نقدا او مزارعة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٩٩ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦١٨ من التقنين الكويتي .

وتتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٦٥٦ من مرشد الحيران على أن « من استاجر ارضا سنة ليزرع فيها ما شاء فله ان يزرعها زرعين شتويا وصيفيا » .

(مادة ٦٠٧)

١ – يكون تأجير الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه .

٢ – فلا يجوز لمستاجر هذه الارض ، نقدا او مزارعة ، ان يؤجرها من الباطن او ان يتنزل عن الايجار للغير ، والا كان عقد الايجار الاصلى باطلا ، وكذلك عقد الايجار من الباطن او النزول عن الايجار .

هذه المادة تتفق مع المادة ٣٢ فقرة أولى من قانون الاصلاح الزراعي التي تنص على ما يأتي :

« يكون تأجير الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ، ولا يجوز للمستاجر تأجيرها من الباطن او التنازل عن الايجار او مشاركته فيها .

ويقع باطلا كل تعاقد يتم بالمخالفة للحكم المتقدم ، ويشمل البطلان ايضا العقد المبرم بين المؤجر والمستاجر الأصلى » (معدلة بالقانون رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٥٤ وبالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

فالفقرة الأولى من النص المقترح ، وما يقابلها فى قانون الاصلاح الزراعي ، نص آمر ، ومن ثم يكون الجزاء على مخالفته هو البطلان .

ويقتضى اعمال هذا النص ان يحرم على المستاجر التأجير من الباطن او النزول عن الايجار . فان خالف هذا المنع ، كان الجزاء هو بطلان عقد الايجار الاصلى ، ويسقط ببطلانه الايجار من الباطن او النزول عن الايجار . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة، وما يقضى به كذلك قانون الاصلاح الزراعي .

وهدف الشارع من تحريم تأجير الأرض الزراعية الا لمن يتولى زراعتها بنفسه هو منع استغلال الوسطاء للفلاحين . وهذا التحريم يشمل الايجار العادى والايجار بطريق المزارعة ، ويسرى بالنسبة الى الحقول والى الحدائق . وهو يعتبر منعا من التصرف فرضه القانون وجعله من النظام العام لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان الهدف منها منع استغلال الوسطاء للفلاحين ، ومن ثم فانها تستند الى اعتبارات تتعلق بمصلحة اجتماعية عامة .

(مادة ٦٠٨)

١ – يجب ان يكون عقد الايجار ، نقدا او مزارعة ، ثابتا بالكتابة ايا كانت قيمته . ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل توقع من اطرافه ، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها ، وتودع نسخة اخرى مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة فى القرية الكائنة فى زمامها الاطيان المؤجرة ، فاذا لم توجد جمعية فى تلك القرية اودعت مقر الجمعية التعاونية الزراعية المشتركة فى المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالايداع على المؤجر .

٢ – واذا امتنع المؤجر عن الايداع ، أو امتنع احد الطرفين عن توقيع عقد الايجار ، وجب على الطرف الآخر ان يبلغ ذلك الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة لاتخاذ الاجراءات التى ينص عليها القانون فى هذه الحالة .

٣ – ولا تسمع الدعاوى الناشئة عن عقد الايجار اذا لم يكن العقد ثابتا بالكتابة . واذا كان عقد الايجار مكتوبا ، ولم تودع نسخة منه مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، فلا تسمع الدعاوى الناشئة عنه ممن اخل بالالتزام بالايداع .

هذه المادة تتفق مع المواد ٣٦ و ٣٦ مكرر و٣٦ مكرر (ا) و ٣٦ مكرر (ب) من قانون الاصلاح الزراعي .

فقد نصت المادة ٣٦ من هذا القانون على ما يأتي :

« يجب أن يكون عقد الايجار ، مزارعة أو نقدا ، ثابتا بالكتابة أيا كانت قيمته ، وكذلك كل اتفاق على استغلال اراض زراعية ولو كان لزرعة واحدة .

ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الاقل توقع من اطرافه ، ويحتفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها وتودع نسخة أخرى بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة فى القرية الكائنة فى زمامها الاطيان المؤجرة ، فاذا لم توجد جمعية فى تلك القرية فيكون الايداع بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة فى المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالايداع على المؤجر (معدله بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر على ما يأتي :

«اذا امتنع المؤجر عن ايداع عقد الايجار بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، أو اذا امتنع احد الطرفين عن توقيع عقد الايجار ، وجب على الطرف الآخر ان يبلغ ذلك الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

وعلى رئيس مجلس ادارة الجمعية أو من ينيبه المجلس فى ذلك ان يحيل الأمر الى لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية ، وعلى اللجنة ان تتحقق من قيام العلاقة الايجارية ومن نوعها بكافة طرق الاثبات . فاذا ثبت لها قيام العلاقة الايجارية أصدرت قرارا بذلك وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه نيابة عن الطرف الممتنع . وتسلم نسخة من هذا العقد

الى كل من طرفيه وتودع نسخة اخرى منه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار اللجنة . ويكون هذا العقد ملزما للطرفين » (مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر (أ) على ما يأتي :

« وفى حالة ثبوت العلاقة الايجارية وفقا لحكم المادة السابقة يلتزم الطرف الممتنع عن ايداع العقد او توقيعه بأن يؤدى الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مصاريف ادارية عن سنة زراعية واحدة تعادل ١ ٪ من الاجرة السنوية للعين المؤجرة مقدرة على اساس سبعة امثال الضريبة العقارية الاصلية المفروضة عليها .

ويعاقب بالحبس كل مؤجر يمتنع عمدا عن تحرير عقد الايجار وفقا لحكم المادة ٣٦ او يمتنع عن ايداع العقد بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة دون سبب مشروع .

كما يعاقب بالعقوبة ذاتها كل مؤجر او مستاجر يمتنع عمدا عن توقيع عقد الايجار » (مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر ب على ما يأتي :

« لا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن ايجار الأراضى الزراعية ، مزارعة او نقدا ، امام اية جهة ادارية او قضائية ما لم يكن عقد الايجار مودعا بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

فاذا كان عقد الايجار مكتوبا ، ولم تودع نسخة منه بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، فلا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن هذا العقد ممن اخل بالالتزام بالايداع » (مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦) .

فبمقتضى المادة المقترحة يجب أن يكون عقد الايجار ، نقدا او مزارعة ، ثابتا بالكتابة أيا كانت قيمته . والكتابة هنا مطلوبة للاثبات لا للانعقاد . وحتى تستوفى الكتابة المطلوبة يجب ان يحرر العقد من ثلاث نسخ على الاقل توقع من اطرافه ، وتعطى نسخة منها لكل من المتعاقدين ، وتودع الثالثة بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة فى القرية ، فاذا لم توجد جمعية فى القرية اودعت بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة فى المركز التابعة له القرية .

ويقع على المؤجر واجب الايداع .

وفى حالة امتناع المؤجر عن الايداع ، او امتناع احد الطرفين عن توقيع عقد الايجار ، فقد رسم قانون الاصلاح الزراعى اجراءات ترمى الى جعل الجمعية التعاونية الزراعية مشرفة على تحرير عقود الايجار والاحتفاظ بصورة منها ، وذلك على النحو المنصوص عليه فى المادة ٣٦ مكرر السالفة الذكر .

فاذا لم يكن عقد الايجار ثابتا بالكتابة على هذا النحو او ذاك ، فلا تسمع الدعاوى الناشئة عنه . وفى هذا الجزاء ما يكفى لحمل الطرفين على تحرير عقد الايجار وايداع نسخة منه .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان تدوين التعامل فى محرر امر مندوب اليه شرعا قطعا للنزاع . وقد جاء فى الآية الكريمة : « يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » .

(مادة ٦٠٩)

١ - مع عدم الاخلال بالقواعد المقررة فى الاثبات ، يجب على المؤجر أن يقبل الوفاء بالاجرة من المستاجر وان يعطيه مخالصة عن كل مبلغ يؤديه منها ، والا كان للمستاجر ان يبرىء ذمته بان يودع الاجرة على ذمة المؤجر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل ايصال او يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

وعلى رئيس الجمعية او من ينوب عنه ان يعرض المبلغ المودع على المؤجر او وكيله فى التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال اسبوع من تاريخ الايداع ، فاذا رفض المؤجر او وكيله تسلم المبلغ المودع خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بالعرض اودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزانة المحكمة المختصة واخطرت كلا من المؤجر والمستاجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

٢ - وفى حالة الايجار بطريق المزارعة اذا امتنع المؤجر او وكيله عن محاسبة المستاجر وتسلم نصيبه فى المحصول ، كان للمستاجر ان يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابة .

وعلى رئيس الجمعية او من ينوب عنه ان يبلغ شكوى المستاجر الى المؤجر او الى وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال اسبوع من تاريخ الاخطار . فاذا لم يقم المؤجر او وكيله بمحاسبة المستاجر وتسلم نصيبه فى المحصول خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بشكوى المستاجر ، تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبة المستاجر واودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة المختصة واخطرت المؤجر او وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

هذه المادة تتفق مع المادتين ٣٦ مكرر (و) و ٣٦ مكرر (ز) من قانون الاصلاح الزراعى المضافتين بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ والمعدلتين بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ .

فقد نصت المادة ٣٦ مكرر (و) من هذا القانون على ما يأتى :

« مع عدم الاخلال بالقواعد العامة فى الاثبات يجب على المؤجر ان يسلم الى المستاجر مخالصة مكتوبة عن كل مبلغ يؤديه اليه من الاجرة ، ولا يجوز للمؤجر توكيل الغير فى تحصيل اجرة الا اذا قام بتعيين الوكيل فى عقد الايجار ، فاذا اختار هذا الوكيل بعد تحرير العقد وايداعه الجمعية التعاونية الزراعية المختصة وجب عليه أن يبلغ كلا من المستاجر والجمعية باسم الوكيل خلال اسبوع من تاريخ توكيله وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وتبرأ ذمة المستاجر اذا اوفى بالاجرة الى المؤجر او وكيله » .

ونصت المادة ٣٦ مكرر (ز) على ما ياتى :

«اذا امتنع المؤجر أو وكيله عن تسلم الأجرة ، أو اذا امتنع أيهما عن تسليم المستاجر مخالصة مكتوبة عما يؤديه من الأجرة ، كان للمستاجر ان يودع الأجرة على ذمة المؤجر فى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل ايصال من الجمعية ، أو يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وعلى رئيس مجلس ادارة الجمعية أو من يكلفه المجلس بذلك من أعضائه ان يعرض المبلغ المودع على المؤجر او وكيله فى التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، وذلك خلال اسبوع من تاريخ الايداع . فاذا رفض المؤجر او الوكيل تسلم المبلغ المودع خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بالعرض اودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة فى دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الايداع والمصاريف الادارية ، وتخطر الجمعية فى هذه الحالة كلا من المستاجر والمؤجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وفى حالة الايجار بطريق المزارعة اذا امتنع المؤجر أو وكيله عن محاسبة المستاجر وتسلم نصيبه فى المحصول ، كان للمستاجر ان يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابة .

وعلى رئيس مجلس ادارة الجمعية او من يكلفه المجلس بذلك من أعضائه ان يبلغ شكوى المستاجر الى المؤجر او الى وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، وذلك خلال اسبوع من تاريخ الاخطار .

فاذا لم يقم المؤجر أو وكيله بمحاسبة المستاجر وتسلم نصيبه فى المحصول خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بشكوى المستاجر ، قامت الجمعية ببيع المحصول ومحاسبة المستاجر واودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة فى دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الايداع والمصاريف الادارية وتخطر المؤجر او وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وفى جميع الاحوال يعتبر الايداع مبرئا لذمة المستاجر بمقدار ما تم ايداعه من الاجرة » .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة يقصد به المحافظة على حقوق المستاجر بتمكينه من توفير الدليل على وفائه بالأجرة او باى مبلغ يؤديه منها . حيث يجب على المؤجر ان يقبل الوفاء بالاجرة من المستاجر وان يعطيه مخالصة باى مبلغ يؤديه ، فاذا رفض المؤجر قبول الوفاء بالأجرة او اعطاء مخالصة بما دفع ، استطاع المستاجر ان يبرىء ذمته بايداع المبلغ صندوق الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، وفى هذه الحالة تتولى الجمعية عرض المبلغ المؤجر ، فاذا رفض تسلمه اودعته خزانة المحكمة .

واذا كان الايجار بطريق المزارعة ، فان حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يقصد به تمكين المستاجر من تصفية حسابه مع المؤجر واخذ نصيبه فى المحصول . فاذا امتنع المؤجر عن محاسبة المستاجر، كان لهذا ان يخطر الجمعية الزراعية المختصة لكى تبلغ شكواه الى المؤجر ، فاذا لم يقم المؤجر بعد ذلك بمحاسبة المستاجر تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبة المستاجر واودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة المختصة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها يقصد به المحافظة على حقوق المستاجر وقطع دابر ما عسى ان يقع من نزاع بين الطرفين .

(مادة ٦١٠)

لا يشمل ايجار الأرض الزراعية المواشى والأدوات الزراعية التى توجد فى الأرض الا اذا شرط ذلك فى العقد .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٠ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « اذا كانت العين المؤجرة أرضا زراعية ، فلا يكون المؤجر ملزما بتسليم المواشى والأدوات الزراعية التى توجد فى الارض الا اذا كان الايجار يشملها » .

وقد عدلت هذه المادة تعديلا لفظيا على النحو الوارد فى النص المقترح ، لابراز اصل الحكم . فايجار الارض الزراعية لا يشمل فى الاصل ما يوجد فيها من مواش وادوات زراعية كالات الحرث والرى والحصاد . حيث لا تعد من ملحقات الارض نظرا الى اهميتها ، ومن ثم لا يشملها الايجار بمجرده . فاذا اريد ان يشملها الايجار ، وجب ان يذكر ذلك فى العقد . وفى هذه الحالة يكون هناك ايجار للارض وايجار اخر للمواشى والأدوات الزراعية . ويترتب على ذلك ان تكون الاجرة قسمين ، قسما منها للارض وقسما آخر للمواشى والادوات الزراعية .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٩٨ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ١/٧١٥ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ١/٦١٧ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها هو ما يجرى به العرف الزراعى .

(مادة ٦١١)

١ — يلتزم المستاجر بان يستغل الارض الزراعية المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق وجب عليه ان يستغلها وفقا لمقتضيات الاستغلال المالوف ، وعليه بوجه خاص ان يعمل على ان تبقى الأرض صالحة للانتاج .

٢ — ولا يجوز له دون رضاء المؤجر ان يدخل على الطريقة المتبعة فى استغلالها اى تغيير جوهرى يمتد اثره الى ما بعد انتهاء الايجار .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٣ من التقنين الحالى التى تنص على ما ياتى :

« ١ — يجب ان يكون استغلال المستاجر للارض الزراعية موافقا

لمقتضيات الاستغلال المألوف ، وعلى المستاجر بوجه خاص ان يعمل على ان تبقى الارض صالحة للانتاج .

٢ — ولا يجوز له دون رضاء المؤجر ان يدخل على الطريقة المتبعة فى استغلالها اى تغيير جوهري يمتد اثره الى ما بعد انتهاء الايجار » .

وقد اضيف الى الفقرة الاولى من هذه المادة ما يفيد التزام المستاجر بان يستغل الارض المؤجرة على النحو المتفق عليه اذا كان هناك اتفاق . فاذا اشترط عليه المؤجر ان يتبع نظاما خاصا فى زراعة الارض ، كان ملزما باتباع هذا النظام فى الزراعة . فهذا هو أول ما يعتد به فى استغلال الارض . فاذا لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن ، كان على المستاجر ان يستغل الارض وفقا لمقتضيات الاستغلال المألوف بحسب ما أعدت له .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدي للتقنين الحالى (م ٨١٧) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٠٨ و ٦٠٩ .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ١/٨٠٤ من التقنين العراقى .

وتتفق مع المادة ٧١٨ من التقنين الأردنى .

وتتفق مع المادة ٦١٦ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها هو ما جرى به العرف الزراعى . وقد نصت عليه المواد ٥٨٦ و ٦٢٢ و ٦٢٥ من مجلة الاحكام الشرعية فى الفقه الحنبلى ، وهو رأى جمهور فقهاء المذاهب جميعها .

(مادة ٦١٢)

اذا شمل الايجار مواشى وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر ، وجب على المستاجر ان يرعاها ويتعهدها بالصيانة بحسب المألوف فى الانتفاع بها .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١١ من التقنين الحالى التى تنص على انه « اذا تسلم المستاجر مواشى وادوات زراعية مملوكة للمؤجر ، وجب عليه ان يرعاها ويتعهدها بالصيانة بحسب المألوف فى استغلالها » .

وقد عدلت هذه المادة بالنص على أصل الحكم ، وهو ان يشمل الايجار مواشى وادوات زراعية مملوكة للمؤجر ، لان المستاجر لا يتسلم هذه المواشى والادوات الا اذا كان الايجار يشملها . فاذا تسلمها بناء على ذلك وجب عليه ان يبذل من العناية فى رعاية المواشى وتعهد الأدوات الزراعية بالصيانة ما يبذله الشخص العادى ، وبحسب المألوف فى الانتفاع بهذه الاشياء . وقد استبدلت عبارة « فى الانتفاع بها » فى نهاية النص بعبارة « فى استغلالها » تحريا للدقة فى التعبير .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٢/٧١٥ من التقنين الاردنى .

وتتفق مع المادة ٢/٦١٧ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو القاعدة التى تحرم الاضرار بالغير ، حيث يجب على المستاجر الا يلحق ضررا بالمؤجر بتقصيره فى رعاية المواشى او صيانة الادوات الزراعية .

(مادة ٦١٣)

١ — على المستاجر أن يقوم باجراء الاصلاحات التى يقتضيها الانتفاع المألوف بالارض المؤجرة ، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والمساقى والمراوى والمصارف ، وكذلك القيام بأعمال الصيانة المعتادة للطرق والجسور والقناطر والاسوار والآبار والمبانى المعدة للسكنى او للاستغلال .

٢ — اما اجراء الاصلاحات التى يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة ، كاقامة المبانى والاصلاحات الكبرى للمبانى القائمة وغيرها من ملحقات العين والاصلاحات اللازمة للآبار والترع ومجارى المياه والخزانات ، فيلتزم بها المؤجر .

٣ — كل هذا ما لم يقض الاتفاق او العرف بغيره .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦١٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ — على المستاجر ان يقوم باجراء الاصلاحات التى يقتضيها الانتفاع المألوف بالارض المؤجرة ، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والمساقى والمراوى والمصارف ، وكذلك القيام بأعمال الصيانة المعتادة للطرق والجسور والقناطر والاسوار والآبار والمبانى المعدة للسكنى أو للاستغلال ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

٢ — أما اقامة المبانى والاصلاحات الكبرى للمبانى القائمة وغيرها من ملحقات العين ، فيلتزم بها المؤجر ، ما لم يقض الاتفاق او العرف بغير ذلك . وكذلك يكون الحكم فى الاصلاحات اللازمة للآبار والترع ومجارى المياه والخزانات » .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالنص فى صدرها على نوع الاصلاحات التى تقع على عاتق المؤجر . بالمقابلة مع نوع الاصلاحات التى يلتزم بها المستاجر فى صدر الفقرة الاولى . فالمستاجر يلتزم بالاصلاحات التاجيرية ، وهى الاصلاحات التى يقتضيها الانتفاع المألوف بالارض المؤجرة ، والمؤجر يلتزم بالاصلاحات غير التاجيرية ، وهى الاصلاحات التى يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة من الارض المؤجرة . وقد عددت الفقرة الاولى اهم الاصلاحات التاجيرية ، وعددت الفقرة الثانية اهم الاصلاحات غير التاجيرية ، وليس هذا التعداد او ذاك على سبيل الحصر .

وافردت فقرة مستقلة ، وهى الفقرة الثالثة فى المادة المقترحة ، لحالة من اذا كان هناك اتفاق او عرف يقضى بغير الحكم المنصوص عليه فى اى من الفقرتين الاولى والثانية . فاذا وجد اتفاق فى هذا الشأن ، كان هو الواجب الاتباع . واذا لم يكن هناك اتفاق ، وجب الأخذ بما يقضى به العرف . واذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، يسرى الحكم المنصوص عليه .